

Sygn. akt: KIO 2498/13

WYROK

z dnia 8 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2013 r. przez wykonawcę **Janusz A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. Biuro Handlowe z siedzibą w Jastrzębie Zdroju, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. z siedzibą w Bogdance, 21-013 Puchaczów**

przy udziale:

1. Wykonawcy **PROMET Sp. z o.o. siedzibą w Rybniku, ul. Ks. Siwca 4, 44-200 Rybnik** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2498/13 po stronie odwołującego
2. wykonawcy **Zakład Surowców Chemicznych i Mineralnych „Piotrowice II” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, ul. Górnicza 7, 39-400 Tarnobrzeg** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2514/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Janusza A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. Biuro Handlowe z siedzibą w Jastrzębie Zdroju, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Janusza A.a prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. Biuro Handlowe z siedzibą w Jastrzębie Zdroju, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Janusza A.a prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. Biuro Handlowe z siedzibą w Jastrzębie Zdroju, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** na rzecz **Lubelskiego Węgla Bogdanka S.A. z siedzibą w Bogdance, 21-013 Puchaczów** kwotę **3 949 zł 53 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. z siedzibą w Bogdance, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę pyłu wapiennego stearynowanego”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 sierpnia 2013 r., nr 2013/S 161-281690.

W dniu 18 października 2013 r. odbyła się aukcja elektroniczna, do udziału w której zostali zaproszeni trzej wykonawcy, w tym wykonawca Janusz A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. Biuro Handlowe z siedzibą w Jastrzębie Zdroju, zwany dalej „odwołującym”.

W dniu 23 października 2013 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Zakład Surowców Chemicznych i Mineralnych „Piotrowice II” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu, zwanego dalej „Zakładem Piotrowice II”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 25 października 2013 r. (pismem z dnia 23 października 2013 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2013 r.) od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy Pzp, gdyż postępowanie o udzielenie zamówienia nie zapewniło zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i wydanie stosownego orzeczenia oraz unieważnienie wyboru wykonawcy przez zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, iż podczas udziału w aukcji elektronicznej na „Dostawę pyłu wapiennego stearynowanego” w dniu 18 października 2013 r. wystąpił problem z podpisaniem jego oferty za pomocą podpisu elektronicznego. Zarówno w trakcie, jak i po zakończeniu aukcji odwołujący kontaktował się z obsługą techniczną w celu rozwiązania problemu. Oznacza to, że zamawiający podczas organizacji aukcji elektronicznej nie zapewnił dogodnego i sprawnego systemu składania ofert.

W dniu 25 października 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 28 października 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PROMET Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, zwany dalej wykonawcą „PROMET”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 28 października 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Zakład Piotrowice II, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, przeprowadzoną aukcję elektroniczną, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale IX SIWZ „Kryteria oceny ofert”, pkt 4 „AUKCJA ELEKTRONICZNA” zamieścił postanowienia dotyczące aukcji elektronicznej, tj.:

„(...)

2. Aukcja przeprowadzona będzie na platformie aukcyjnej <https://bogdanka.logintrade.net>.

3. Wykonawcy zaproszenie do aukcji elektronicznej powinni posiadać:

- dostęp do sieci Internet
- obsługa przez przeglądarkę protokołu XMLHttpRequest – Ajar
- włączona obsługa JavaScript
- zalecana szybkość łącza internetowego powyżej 500 KB/s
- zainstalowany Acrobat leader
- zainstalowane środowisko uruchomieniowe Java – Java SE Runtime Environment 6 Update 24 lub nowszy
- przeglądarka internetowa:

- dla Windows XP: Internet Explorer 7, Internet Explorer 8
- dla Windows Vista: Internet Explorer 7, Internet Explorer 8, Internet Explorer 9
- dla Windows 7: Internet Explorer 9

Ponadto wykonawca musi dysponować kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego wystawionym zgodnie z przepisami prawa, a także współpracujące z komputerem opisanym w w/w. punkcie urządzenie umożliwiające złożenie takiego podpisu.

4. Wybór oferty w toku aukcji elektronicznej dokonany zostanie w oparciu o kryterium: ceny (brutto) (waga – 100%, maksymalna ilość punktów 100 pkt.).

Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana będzie zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu aktualnego Formularza oferty z cenami uwzględniającymi wyniki aukcji.

(...)

Regulamin Platformy zakupowej Logintrade jest dostępny na stronie internetowej <https://bogdanka.logintrade.net/rejestracja/regulamin.html>".

W wyniku przeprowadzonej aukcji za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę wykonawcy Zakład Piotrowice II.

W dniu 18 października 2013 r. odwołujący poinformował zamawiającego, iż „w dniu 18.10.2013 wystąpił problem z podpisaniem naszej oferty za pomocą podpisu elektronicznego. Zarówno w trakcie, jak i po zakończeniu aukcji kontaktowaliśmy się z obsługą techniczną w celu rozwiązania problemu. W związku z tym, prosimy o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji, gdyż uniemożliwiła ona nam skuteczne złożenie naszej oferty.”.

W dniu 18 października 2013 r. wykonawca PROMET poinformował zamawiającego, iż „(...) od momentu rozpoczęcia aukcji w dniu dzisiejszym nie mogliśmy podjąć żadnych kroków oprócz zalogowania i biernego przyglądania się trwającej aukcji. Ponowiliśmy próby na drugim stanowisku komputerowym co nie dało żadnych rezultatów. (...) kontaktowaliśmy się z operatorem Platformy Zakupowej Logintrade (...) co nie poskutkowało żadną zmianą. Dopiero w 17-ej minucie (z 20-to minutowej aukcji) uzyskaliśmy możliwość czynnego udziału w aukcji (możliwość złożenia oferty. (...))”.

Zamawiający w dniu 18 października 2013 r. zwrócił się do Logintrade S.A. z siedzibą we Wrocławiu, właścicielem platformy zakupowej, za pomocą której przeprowadzana była aukcja, o wyjaśnienie kwestii zawartej w piśmie tego wykonawcy oraz o podanie aktualnych wymagań sprzętowych i programowych umożliwiających udział w aukcji celem zweryfikowania z zapisami SIWZ.

Zamawiający zwrócił się do administratora platformy aukcyjnej o ustosunkowanie się do podniesionych przez ww. wykonawców zarzutów.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 21 października 2013 r., Logintrade S.A. z siedzibą we Wrocławiu poinformował zamawiającego, iż reklamację zgłoszoną przez odwołującego należy uznać za bezzasadną, podnosząc iż „po otrzymaniu zgłoszenia

przeanalizowaliśmy przebieg aukcji i działanie systemu w trakcie jej trwania. Nie odnotowano żadnych trudności technicznych, które mogłyby mieć negatywny wpływ na aukcję i jej prawidłowy przebieg. Dostawca kontaktował się z działem Helpdesk telefonicznie w dniu 18.10.2013 i otrzymał informację, że zgodnie z wymaganiami technicznymi przy systemie operacyjnym Windows 7 przeglądarką obsługującą podpis elektroniczny jest Internet Explorer 9. Oferent podczas aukcji korzystał z Internet Explorer 10. Zapisy dotyczące wymagań technicznych powinny być udostępniane przez Organizatora aukcji”.

Logintrade S.A. z siedzibą we Wrocławiu, odpowiadając na reklamację wykonawcy PROMET, poinformował zamawiającego, iż reklamację zgłoszoną przez tego wykonawcę należy uznać za bezzasadną, podnosząc iż „po otrzymaniu zgłoszenia przeanalizowaliśmy przebieg aukcji i działanie systemu w trakcie jej trwania. Nie odnotowano żadnych trudności technicznych, które mogłyby mieć negatywny wpływ na aukcję i jej prawidłowy przebieg. Pierwsza oferta podczas aukcji została złożona o godz. 8:18:04 przez firmę PROMET, do tego momentu na aukcji nie odnotowano żadnych ruchów. Do czasu zakończenia aukcji o godz. 8:45 widać, że Uczestnicy aktywnie składali oferty, w tym również PROMET. Ostatnią ofertę na aukcji złożyli o godz. 8:37:06 tym samym uruchamiając 5 dogrywkę. Podczas jej trwania od godz. 8:40-8:45 w systemie nie odnotowano żadnej próby złożenia oferty, co spowodowało zakończenie aukcji zgodnie z jej regułami”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający w treści SIWZ (rozdział IX, pkt 4) precyzyjnie określił wymagania dotyczące sprzętu i oprogramowania niezbędnego do poprawnego korzystania z platformy do przeprowadzania aukcji elektronicznej. Wymagania te były więc znane wszystkim wykonawcom od momentu wszczęcia przedmiotowego postępowania. Nadto zamawiający, mimo braku takiego obowiązku w obowiązujących przepisach prawa, jak wyjaśnił w złożonym piśmie procesowym, udostępnił wykonawcom możliwość udziału w aukcji testowej umożliwiającej sprawdzenie poprawności działania sprzętu i oprogramowania wykorzystywanego przez wykonawców. W aukcji tej (aukcji testowej) uczestniczyli wszyscy zaproszeni wykonawcy z wyjątkiem odwołującego. Okoliczności tej nie zaprzeczyli wykonawcy zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej uczestniczący w toku rozprawy. Tak więc odwołujący przystąpił dopiero do udziału w aukcji elektronicznej, w trakcie której - jak podniósł w piśmie z dnia 18 października 2013 r. kierowanym do zamawiającego - „wystąpił problem z podpisaniem (...) oferty za pomocą podpisu elektronicznego”. Istotnie problem taki powstał. Tym niemniej powstał on z przyczyn leżących właśnie po stronie odwołującego. W toku postępowania ustalono bowiem, iż odwołujący mimo jednoznacznie sformułowanych wymogów zamawiającego co do wymaganego sprzętu i oprogramowania korzystał z innej przeglądarki niż wskazana przez zamawiającego w SIWZ. Odwołujący korzystał bowiem z przeglądarki Internet Explorer 10, zamiast wymaganej Internet Explorer

9. O fakcie możliwości wystąpienia problemów ze złożeniem podpisu z uwagi na korzystanie przez niego z komputera posiadającego niewłaściwe oprogramowanie poinformowany został przez administratora platformy (Logintrade), z którym kontaktował się w trakcie przeprowadzanej aukcji. Zauważyć przy tym należy, iż o okolicznościach tych (niewłaściwej przeglądarce) powziął wiadomość dopiero podczas trwania aukcji elektronicznej. Nie skorzystał bowiem z udziału w aukcji testowej, jak również – co wynika z treści przeprowadzonej przez jego pracownika rozmowy telefonicznej – nie zapoznał się szczegółowo z postanowieniami SIWZ, dotyczącymi aukcji elektronicznej. Z faktu, że nie złożył on oferty w toku aukcji elektronicznej absolutnie nie wynika, iż brak dokonania tej czynności nastąpił z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ani też z przyczyn administratora tej platformy. Przeciwnie na podstawie całokształtu materiału dowodowego, w tym także pism i wydruków z przebiegu aukcji pochodzących od administratora platformy stwierdzić należy, iż przyczyny dla których odwołujący nie złożył oferty w toku przeprowadzanej aukcji wystąpiły wyłącznie po jego stronie, gdyż korzystał on z niewłaściwego oprogramowania. Izba podziela w tym względzie stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 25 listopada 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2427/11, w którym jednoznacznie wskazano, iż to „obowiązkiem wykonawcy jest zapewnienie sobie odpowiedniego sprzętu komputerowego, jak również sprawnego połączenia internetowego i podpisu elektronicznego”. Ani odwołujący, ani też przystępujący PROMET nie wykazali bowiem zaistnienia jakichkolwiek nieprawidłowości w funkcjonowaniu elektronicznej platformy aukcyjnej. Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 91c ustawy Pzp został podniesiony przez odwołującego dopiero na rozprawie i jako podniesiony po terminie nie może zostać przez Izbę rozpoznany.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony i przystępującego Promet na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3600,00 zł, oraz dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 349,53 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: