

Sygn. akt: KIO 2257/12

WYROK

z dnia 31 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2012 r. przez **Odwołującego** – W..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "BYŚ" W..... B....., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Zarząd Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/19, 00-508 Warszawa

przy udziale **Wykonawców**:

A. zgłaszających swoje przystąpienia po stronie Odwołującego:

- a) D..... A....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER D..... A....., ul. Ignacego Daszyńskiego 98 lok. 22, 06-100 Pułtusk,
- b) POLSUPER Sp. z o.o., ul. Krakowskie Przedmieście 4/6, 00-333 Warszawa,

B. zgłaszających swoje przystąpienia po stronie Zamawiającego:

- a) J..... Z....., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą PPHU LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Wiązowna

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Zarządowi Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/19, 00-508 Warszawa powtórzenie aukcji elektronicznej dla części I postępowania,

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Zarząd Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/19, 00-508 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – W..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "BYŚ" W.....h B....., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Zarząd Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/19, 00-508 Warszawa, na rzecz **Odwołującego** – W..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "BYŚ" W..... B....., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zarząd Oczyszczenia Miasta w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na opróżnianie koszy ulicznych na terenie m.st Warszawy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 10 sierpnia 2012 r., poz. 2012/S 153-255836 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; dalej: Prawo zamówień publicznych), w sześciu częściach. Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej (pkt IV.2.2 ogłoszenia).

W dniu 18 października 2012 r. W..... B....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "BYŚ" W..... B..... w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej w części I postępowania i zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 91 c Prawa zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie i zakończenie wyborem aukcji pomimo zaistnienia awarii platformy aukcyjnej,
- art. 91 c Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie powtórzenia aukcji pomimo awarii platformy aukcyjnej ,
- art. 7 ust 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenia Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza.

Zdaniem Odwołującego, w rezultacie powyższych czynności doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór wykonawcy, który nie zaoferował najniższej ceny. Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w dozwolonym czasie, w trakcie trwania aukcji elektronicznej, Odwołujący wysłał kolejne postąpienie, jednakże otrzymał zwrotny komunikat – „wystąpił błąd w aukcji Proszę skontaktować się z administratorem aukcji”, aukcja została zamknięta, postąpienie nie zostało przyjęte. Po zakończeniu aukcji

Odwołujący zgłosił fakt zaistnienia awarii platformy aukcyjnej. Jednakże Zamawiający zignorował ten fakt i wniosek o powtórzenie aukcji z argumentacją, że awaria nastąpiła w zakresie sprzętu Odwołującego i dokonał wyboru wykonawcy w przedmiotowym Postępowaniu. Odwołujący podnosił również, że u wszystkich pozostałych uczestników aukcji, oprócz wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, wystąpił ten sam błąd, załączając oświadczenia dwóch z nich oraz wydruk zrzutu ekranu, prezentujący błąd, który wystąpił.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania i unieważnienie wszystkich czynności Zamawiającego od momentu zaproszenia do aukcji, tj. czynności przeprowadzenia aukcji, czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I, a w konsekwencji o ponowne
- zaproszenie do aukcji i wyznaczenie nowego terminu otwarcia aukcji elektronicznej,
- dopuszczenie dowodu z oświadczeń i zeznań świadków na okoliczność faktów zaistniałych w trakcie aukcji, wskazujących na nieprawidłowe działanie systemu z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy,
- dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność stwierdzenia, że przyczyny zawieszenia systemu w trakcie przeprowadzania aukcji elektronicznej nie leżały po stronie Odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Twierdził, że nie wystąpiły błędy po stronie prowadzącego aukcję. Jego zdaniem platforma aukcyjna działa prawidłowo. W tym celu dokłada się najwyższą staranność, w tym przeprowadza się aukcję testową (prowadzoną równoległe symulację aukcji, z tymi samymi parametrami) – aukcja testowa przebiegła bez przeszkód. Złożył do akt instrukcję dla wykonawcy obsługi aukcji elektronicznej na platformie aukcyjnej Miasta st. Warszawy, pismo Marketplanet z 3 października 2012 r. i pismo Urzędu Miasta st. Warszawy z 5 października 2012 r.

Podkreślał, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które wskazywałyby na to, że brak możliwości złożenia przez niego postąpienia nastąpił wskutek okoliczności obciążających Zamawiającego, a zrzut ekranu, mający być dowodem na wystąpienie błędu, jest z godziny już po zakończeniu aukcji. Inne dowody składane przez Odwołującego również nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ dotyczą okoliczności bezspornych. Twierdzenie Odwołującego, że problemy na tej platformie są notoryjne, nie zostały poparte żadnymi dowodami. Wskazywał, że profesjonalny wykonawca mający doświadczenie w prowadzeniu aukcji, nie powinien składać postąpień w ostatnich sekundach przed zakończeniem aukcji, ponieważ powinien mieć świadomość, że proces składania postąpienia

trwa w czasie. Podnosił, że postąpienie Lekaro nie było ostatnim w tejże aukcji. Po nim nastąpiły trzy skuteczne postąpienia, dwa dokonane przez D..... A....., a drugie przez Ag Complex sp. z o.o.

Odnosnie wniosku o powołanie biegłego – wnosił o jego oddalenie i wskazywał na brak możliwości oceny przez biegłego sytuacji, ponieważ brak jest obecnie jakiegokolwiek materiału, na którym biegły mógłby oprzeć swoją opinię. Nie można odtworzyć przebiegu aukcji z przeszłości. Biegły ewentualnie mógłby zbadać działanie platformy aukcyjnej, ale jego ocena dotyczyłaby stanu już po zakończeniu aukcji, dlatego nie miałyby to znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy :

B. po stronie Odwołującego:

- c) D..... A....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER D..... A..... w Pułtusku,
- d) POLSUPER Sp. z o.o. w Warszawie,

B. po stronie Zamawiającego: J..... Z....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą PPHU LEKARO J..... Z..... w Wiązowej.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna aukcja elektroniczna, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o powołanie biegłego, ponieważ uznała, że rację ma Zamawiający, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, wobec upływu czasu od zakończenia aukcji i braku zabezpieczenia sprzętu, na którym przeprowadzano aukcję, brak możliwości przekazania biegłemu miarodajnego materiału do wydania opinii.

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

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający twierdził, że nie wystąpiły żadne błędy po stronie prowadzącego aukcję. Złożył do akt instrukcję dla wykonawcy obsługi aukcji elektronicznej na platformie aukcyjnej Miasta st. Warszawy, pismo Marketplanet (Otwarty Rynek Elektroniczny SA) z 3 października 2012 r. (prowadzącego aukcję – zawierające oświadczenie, że analiza poprawności działania oraz dostępności platformy aukcyjnej nie wykazała żadnych nieprawidłowości) i pismo Urzędu Miasta st. Warszawy z 5 października 2012 r., w którym odniesiono się do zgłoszeń błędów w czasie trwania aukcji, złożonych przez czterech wykonawców: W..... B....., AG Complex Sp. z o.o., D..... A..... i Polsuper Sp. z o.o. Opiniujący wskazywał, że wobec godziny zrzutu ekranu Odwołującego „nie można stwierdzić, że pojawienie się komunikatu nastąpiło jeszcze w trakcie trwania aukcji”, w odniesieniu do trzech wykonawców, w tym Odwołującego, opiniujący Urząd uznał, że proces złożenia oferty (postąpienia) został rozpoczęty jeszcze w trakcie trwania aukcji, ale faktyczne złożenie postąpienia nastąpiło już po zakończeniu aukcji, natomiast w stosunku do D..... A..... – iż awaria wynikała jedynie z działania sprzętu wykonawcy.
2. Odwołujący również z całą pewnością twierdził, że błędy nie wystąpiły po jego stronie. Oświadczył, że w trakcie trwania aukcji podczas składania ostatniego postąpienia wystąpił błąd tego rodzaju, który uniemożliwił złożenie skutecznego postąpienia (zwykle cały proces dokonania postąpienia trwa ok. 10 sekund, tymczasem przy próbie dokonania ostatniego postąpienia ten proces trwał o wiele dłużej i ostatecznie wyświetlony został komunikat prezentowany na zrzucie ekranu załączonym do odwołania). Taki sam rodzaj błędów, w zbliżonym czasie, wystąpił u obu Przystępujących po jego stronie – zgodnie z ich oświadczeniami złożonymi na rozprawie, i we wcześniejszych pismach, w tym – w pismach skierowanych do Zamawiającego po zakończeniu aukcji. Podnosił, iż błąd wystąpił również u AG Complex Sp. z o.o. (który nie przystąpił do postępowania odwoławczego).
3. W aktach postępowania (kopia w aktach sprawy) znajdują się pisma czterech wykonawców, skierowane do Zamawiającego zaraz po zakończeniu aukcji, z których wynika, że w trakcie aukcji wystąpił błąd, uniemożliwiający im dokonanie skutecznego postępowania (do tychże pism odnosiła się opinia Urzędu Miasta st. Warszawy z 5 października 2012 r., o której mowa powyżej w pkt 1).
4. W aukcji wzięło udział pięciu wykonawców, tylko jeden nie zgłosił błędów (tj. Przystępujący po stronie Zamawiającego Lekaro, złożył swoje ostatnie postąpienie o godzinie 13:58:02).

Później, zgodnie z wydrukiem z przebiegu aukcji, dokonano jeszcze trzech postąpień z wyższymi cenami – o godzinie 13:59:53 i 14:02:05 przez D..... A.....; 14:02:15 – przez Ag Complex Sp. z o.o.)

5. Na pytanie skierowane na rozprawie przez Izbę do Odwołującego i Przystępujących po jego stronie, kiedy stwierdzono błąd w trakcie trwania aukcji, wykonawcy oświadczyli, że błąd stwierdzono pod koniec trwania aukcji, od trzech minut do minuty przed zakończeniem aukcji.
6. Wykonawcy brali udział również w innych aukcjach prowadzonych na tej samej platformie aukcyjnej, również w innych częściach tego postępowania, i nie zgłaszano wystąpienia błędów (poza wykonawcą D..... A....., który w piśmie z dn. 1 października br. zauważył, że analogiczny błąd, jak w aukcji dla części I, wystąpił również w części V, ale samoistnie ustąpił).

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba uznała, że należy powtórzyć aukcję elektroniczną. Co prawda Odwołujący nie wykazał w sposób bezpośredni, że błąd wystąpił po stronie Zamawiającego (prowadzącego aukcję), jednak, wobec zaistnienia tego samego rodzaju błędu, w tym samym czasie u czterech wykonawców, Izba uznała za wystarczająco uprawdopodobnione, że błąd nie leżał po stronie wykonawców, ich sprzętu czy oprogramowania. Wykonawcy brali udział również w innych aukcjach prowadzonych na tej samej platformie aukcyjnej, w tym również w innych częściach postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, i nie zgłaszano wystąpienia błędów. Izba stwierdziła, że wykonawcy nie składali oświadczeń o wystąpieniu błędów tylko na użytek postępowania odwoławczego – pisma skierowane do Zamawiającego były złożone tuż po stwierdzeniu błędów (zamknięciu aukcji), w tym jedno przez wykonawcę, który nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zamawiający w trakcie rozprawy nie wskazywał w jakikolwiek sposób na możliwość wystąpienia ewentualności, że oświadczenia czterech wykonawców, po zakończeniu aukcji, mogły wynikać z jakichkolwiek wspólnych decyzji i były świadomie zsynchronizowane. Skoro Zamawiający na rozprawie w jakikolwiek sposób nie poddawał w wątpliwość oświadczeń wykonawców o wystąpieniu błędu, Izba nie miała podstaw, aby nie uznać je za wiarygodne. Konsekwencją uznania za okoliczność potwierdzoną, że u czterech spośród pięciu uczestników aukcji pod koniec trwania aukcji wystąpił błąd tego samego rodzaju, uniemożliwiający im złożenie postąpień od ok. trzeciej minuty do zakończenia aukcji (co było zgodne z wydrukiem przebiegu aukcji), było stwierdzenie, iż w takich okolicznościach wystarczająco uprawdopodobnione zostało, że błąd nie zaistniał po stronie wykonawców. Nie można wykluczyć, że u Lekaro błąd nie wystąpił tylko dlatego, że w ostatnich trzech minutach aukcji nie próbował składać postąpienia.

Okoliczność, że przedstawiony przez Odwołującego zrzut ekranu mający obrazować efekt podjętej nieudanej próby postąpienia został dokonany już po zakończeniu aukcji, nie może w ocenie Izby wykluczać, że błąd uniemożliwiający postąpienie wystąpił wcześniej; oświadczenia czterech wykonawców były spójne i zgodne co do tego, w jakim czasie platforma aukcyjna uniemożliwiła składanie postąpienia (i był to czas dłuższy, niż bezsporne dziesięć sekund koniecznych do skutecznego dokonania postąpienia). Dla rozstrzygnięcia nie ma znaczenia fakt, że po ostatnim postąpieniu Lekaro (złożeniu najtańszej oferty w toku aukcji) dokonano trzech postąpień z wyższymi cenami. Skoro system platformy aukcyjnej i reguły aukcji są skonstruowane w taki sposób, że dopuszczają składanie ofert droższych (wykonawca może sam składać ofertę droższą, a tańszej ofercie innego wykonawcy zarzucić rażąco niską cenę), to fakt ten nie może rzutować na rozstrzygnięcie; za wystarczająco udowodnione zostało, że po godz. 14:02:20 czterej uczestnicy aukcji nie mogli złożyć skutecznego postąpienia, co niewątpliwie zakłóciło przebieg aukcji.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do mogących mieć wpływ na wynik postępowania naruszeń wskazanych w odwołaniu przepisów Prawa zamówień publicznych, i uznała, że w takim wypadku konieczne jest powtórzenie aukcji elektronicznej, dlatego 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 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:

.....