

Sygn. akt: KIO/UZP 55/10

WYROK
z dnia 23 lutego 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych "FAZOS" S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Zagórska 167** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S. A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 22 grudnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Zakład Maszyn Górniczych "GLINIK" Sp. z o.o., 38-320 Gorlice, ul. Michalusa 1** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych "FAZOS" S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Zagórska 167

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych "FAZOS" S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Zagórska 167,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych "FAZOS" S.A., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Zagórska 167.**

U z a s a d n i e

Zamawiający - Kompania Węglowa S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiocie leasingu finansowego wraz z dostawą 142 nowych sekcji ścianowych obudów zmechanizowanych o zakresie pracy od nie więcej niż 1,4 m do co najmniej 2,4 m oraz trzypompowego agregatu do zasilania sekcji ścianowych obudów zmechanizowanych dla KW S.A. Oddział KWK „Bobrek -Centrum”.

W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym z dnia 22 września 2009 roku zamawiający przewidział, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie dokonany z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

Odwołujący – Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A. wniósł protest (wpływ do zamawiającego 22 grudnia 2009 roku) a następnie odwołanie (wniesione 8 stycznia 2009 roku – data stempla pocztowego) na czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej z dnia 22 grudnia 2009 roku. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 oraz art. 91 c ustawy Pzp przez niedostateczne przygotowanie systemu umożliwiającego przeprowadzenie aukcji elektronicznej i tym samym uniemożliwienie odwołującemu składania postępień i niedostateczne informowanie o przebiegu postępowania. W konsekwencji odwołujący wskazał na niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie odwołującego niesprawność systemu elektronicznego zastosowanego przez zamawiającego, który obsługiwał aukcję uniemożliwiła rejestrowanie kolejnych postępień dokonywanych przez odwołującego w toku aukcji. Na potwierdzenie niesprawności działania

systemu obsługującego aukcję odwołujący załączył pisemne oświadczenia trzech uczestników aukcji. Wskazał także, że podobne okoliczności wystąpiły podczas aukcji elektronicznej przygotowanej przez tego samego zamawiającego przy udziale tego samego operatora i dotyczyły wykonawcy Becker Warkop Sp. z o.o. – na dowód czego załączył treść protestu tego wykonawcy oraz rozstrzygnięcie protestu.

Zamawiający w dniu 28 grudnia 2009 roku poinformował o oddaleniu protestu wyjaśniając, że do obsługi aukcji elektronicznej wykorzystuje platformę operatora TRAF e- biz Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie. Operator jak również zamawiający i inni uczestnicy aukcji nie stwierdzili żadnych uchybień w działaniu systemu, operator wskazał natomiast na błędne czynności odwołującego w toku aukcji. W załączeniu zamawiający przedstawił kopię pisma z dnia 28 grudnia 2009 roku operatora aukcji elektronicznej oraz kompletną historię uczestnika FAZOS S.A.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swoje przystąpienie Zakład Maszyn Górniczych GLINIK sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyjaśnień stron i uczestnika postępowania złożonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

W związku z zaistnieniem przesłanek określonych w art. 91 a ustawy Pzp, zamawiający w celu wyboru oferty najkorzystniejszej zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej pięciu wykonawców:

1. Konsorcjum Zakład Maszyn Górniczych GLINIK sp. z o.o., Centrum Hydrauliki DIRK Otto Hennlich, Fabryka Maszyn GLINIK S.A.,
2. Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych FAZOS S.A.,
3. Konsorcjum: KOPEX S.A., Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne S.A.,
4. Konsorcjum: Becker - Warkop Sp. z o.o., Urządzenia i Konstrukcje S.A.,
5. Fabryka Maszyn i Urządzeń TAGOR S.A.,

Aukcja rozpoczęła się dnia 22 grudnia 2009 roku o godz. 10:00 a jej termin zamknięcia został wyznaczony na dzień 22 grudnia 2009 roku na godz. 10:15, pod warunkiem, że w okresie między 10 a 15 minutą aukcji nie zostanie złożona nowa oferta. Wówczas termin zamknięcia aukcji zostaje przesunięty o 5 min. od momentu złożenia tej oferty.

Minimalne wartości postępień zostały określone na kwotę 100 tys. zł.

Operatorem obsługującym aukcję elektroniczną, który udostępnił w celu jej przeprowadzenia platformę elektroniczną była firma zewnętrzna TRAF e- biz Sp. z o.o.

W oparciu o wyjaśnienia stron i historię uczestnika aukcji Fabryki Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A. , Izba ustaliła następujący przebieg aukcji:

Godz. 10 : 00 – rozpoczęcie aukcji,

Godz. 10: 04:36 – pierwsza zmiana oferty cenowej przez odwołującego.

Godz. 10:06:23 – I odłączenie odwołującego od systemu aukcji. Z dokumentu dotyczącego kompletnej historii uczestnika wynika, że na ekranie odwołującego ukazał się komunikat o treści „ Państwa oferta musi zostać obniżona min. o 100 tys. zł”

Od godz. 10:07:58 do godz. 10: 21:23 – odwołujący dokonywał kolejnych skutecznych postąpień.

Godz. 10:22:42 – II odłączenie odwołującego od systemu. Z dokumentu dotyczącego kompletnej historii uczestnika wynika, że na ekranie odwołującego ukazał się komunikat o treści „ Państwa oferta musi zostać obniżona min. o 100 000. Nowa minimalna oferta to 31 030 678.38 zł.”

Do godz. 12:44: 01 aukcja przebiegała bez zakłóceń, odwołujący składał kolejne postąpienia, Od godz. 12:44:01 do godz. 12:50 :41 odwołujący próbował składać kolejne postąpienia, jednak nie było to możliwe z uwagi na zawieszenie systemu. Odwołujący wyjaśnił, że zamiast okna z przyciskiem „wyślij” pojawiło się nieaktywne okno bez przycisku (trwało to ok. 40 sekund). Została podjęta kolejna próba wysyłania postąpienia, postąpienie zawierało kwotę większą niż 100 tys. zł, podpis elektroniczny został zatwierdzony, postąpienie zostało wysłane.

Godz. 12:50:41 – III odłączenie odwołującego od systemu. Z dokumentu dotyczącego kompletnej historii uczestnika wynika, że na ekranie odwołującego ukazał się komunikat o treści „ Państwa oferta musi zostać obniżona min. o 100 000 zł. Nowa minimalna oferta to 31 030 678.38 zł.” Odwołujący dokonał odświeżenia systemu i rozpoczął wykonywanie kolejnego postąpienia, niestety z uwagi na upływ czasu aukcji postąpienie nie zostało zarejestrowane.

Aukcja została zakończona o godz. 12:51:04.

Biorąc od uwagę tak ustalony stan faktyczny sprawy, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący jak podmiot, który ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, i który wskazuje na naruszenie przepisów ustawy w toku przeprowadzenia aukcji elektronicznej, posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie kompletną historię uczestnika aukcji - Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A. na okoliczność potwierdzenia przebiegu aukcji.

Z dowodu przedstawionego przez zamawiającego w postaci kompletnej historii uczestnika aukcji FAZOS S.A. wynika, że odwołujący był trzykrotnie „odłączany” od systemu aukcji (godz. 10:06:23, 10:22:42 i godz. 12:50:41). Z historii uczestnika aukcji wynika, że „odłączenia” odwołującego od systemu aukcji następowały bezpośrednio po złożeniu postąpień, których kwoty nie były mniejsze niż 100 tys. zł. Przedstawiona historia uczestnika FAZOS S.A. wskazuje, że o godz. 10:06:23, kiedy aktualna wartość oferty wynosiła 32 228 234,35 zł odwołujący złożył ofertę na kwotę 32 128 456,53 zł, a zatem nie została zachowana minimalna wartość postąpienia wynosząca 100 tys. zł. Skutkiem tego, co jest bezsporne między stronami było ukazanie się na ekranie monitora odwołującego informacji o nieprawidłowości złożonego postąpienia. Nawet, jeśliby uznać, jak twierdzi odwołujący, że został on odłączony od systemu aukcji i na jego ekranie pojawiła się informacja o odłączeniu od systemu to podkreślić należy, że po skontaktowaniu się z administratorem systemu, został on niezwłocznie – już o godz. 10:07:28 - przywrócony do systemu, a zatem nawet chwilowe odłączenie nie zakłóciło prawidłowego przebiegu aukcji i nie uniemożliwiło odwołującemu składania kolejnych postąpień.

Z historii uczestnika aukcji wynika również, że „odłączenie” od systemu w kolejnych krytycznych godzinach trwania aukcji tj. godz. 10:22:42 i godz. 12:50:41 było wynikiem złożenia postąpień bez zachowania minimalnej wartości postąpienia.

Twierdzenia odwołującego o podejmowanych próbach składania kolejnych ofert cenowych z zachowaniem minimalnej wartości postąpienia, niewłaściwym działaniu systemu obsługującego aukcję czy zawieszaniu się systemu pozostały gołosłowne. W szczególności dowodem na potwierdzenie podniesionych przez odwołującego okoliczności nie mogą być pisemne oświadczenia trzech uczestników aukcji elektronicznej, załączone do treści odwołania. Oświadczenia te są oświadczeniami osób prywatnych, zainteresowanych konkretnym rozstrzygnięciem sporu i mogą być ocenione przez Izbę wyłącznie jako stanowisko strony w postępowaniu a nie dowód w sprawie w rozumieniu art. 188 ust. 3 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że sposób działania i składania kolejnych postąpień był znany odwołującemu, bowiem uczestniczył on w aukcji testowej prowadzonej przez operatora aukcji, z wyjaśnień odwołującego wynika również, że był on uczestnikiem szeregu innych aukcji elektronicznych prowadzonych przez tego samego zamawiającego.

Z przeprowadzonej rozprawy i wyjaśnień stron złożonych do protokołu wynika, że zamawiający dopełnił wszelkich formalności i wymogów w celu zapewnienia prawidłowego przeprowadzenia aukcji i zagwarantowania zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....