

Sygn. akt: KIO 150/13

WYROK
z dnia 6 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **MAS Sp. z o.o., ul. Żeliwna 38, 40-599 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MAS Sp. z o.o., ul. Żeliwna 38, 40-599 Katowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MAS Sp. z o.o., ul. Żeliwna 38, 40-599 Katowice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), [zwanej dalej ustawą lub ustawą Pzp], którego przedmiotem jest „Dostawa zgrarniaczy i skrobaczy taśm przenośnikowych oraz części zamiennych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2013 roku”. Zamawiający - Kompania Węglowa SA., zdaniem Odwołującego - MAS spółka z o.o. z Katowic, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp(1) zaniechał odrzucenia oferty HOSCH Techniki Transportowe Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu - niespełniającej wymagań potwierdzających spełnienie przez oferowane wyroby wymagań Zamawiającego (SIWZ: pkt. XVI ppkt 1, 2, 5, 8,10,11) oraz Zał. nr 1 do SIWZ nr 1 pkt C ppkt2 i) oraz(2) wyznaczył i przeprowadzi w dniu 17. 01.2013 r. aukcję elektroniczną na zadania nr 1 i 2 (Zał. nr 1 do SIWZ str 17) z udziałem w/w oferty podlegającej odrzuceniu, a także - niezgodnie z przepisami ustawy nie zapewnił, określonych ustawą Pzp (art. 91a i art. 91c) oraz art.7 ust.1 i pkt VII ppkt.1 i 3 siwz warunków dostępu do platformy elektronicznej:aukcje.uzp.gov.pl i udziału w aukcji wyznaczonej na dzień 17stycznia 2013 r. godz.12 w całym czasie wyznaczonym zaproszeniem z dnia 14. 01. 2013 r. i jej zamknięcie przed upływem wyznaczonego terminu bez uwzględnienia czasu i faktu próby złożenia podpisanej zgodnie z SIWZ oferty w kolejnym postąpieniu które nie zostało zarejestrowane. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o (1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności aukcji elektronicznej na zadania nr 1 i 2 i odrzucenie oferty HOSCH Techniki Transportowe Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej bez udziału oferty podlegającej odrzuceniu. Stwierdził również, że Odwołujący ma interes prawny w złożeniu tego środka prawnego. Dostarcza od wielu lat zaawansowane technologicznie rozwiązania w postaci systemów do czyszczenia taśm przenośnikowych i wziął udział w postępowaniu składając ofertę zgodną z SIWZ. W wyniku naruszeń wskazanych przepisów prawa i SIWZ, Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia pomimo, iż w świetle postawionych warunków udziału i wymogów stawianych oferowanym wyrobom oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, która powinna zostać wybrana. W fazie

tej zakończonej zaproszeniem do aukcji winno było dojść do odrzucenia oferty spółki HOSCH Techniki Transportowe Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu, która nie wykazała - zgodnie ze specyfikacją, że oferowane przez wykonawcę wyroby spełniają wymogi Zamawiającego w zakresie dyrektywy nr 94/9/Atex (pkt. C zał. nr 1 do siwz ppkt 2).

W zakresie pierwszego z zarzutów wykonawca stwierdził, że Zamawiający żądał przedstawienia oferty w języku polskim, w tym przedstawienia dokumentów w tym języku potwierdzających spełnienie przez oferowane wyroby warunków dyrektywy 94/9/WE. Oferta spółki HOSCH, na stronie 37-49 w języku niemieckim jak też na stronie 50-62 w języku polskim nie została podpisana inaczej niż za zgodność i oryginałem. Nadto zawiera sprawozdanie i opinię jednostki notyfikowanej, której ustalenia zawarte we wnioskach końcowych są sprzeczne z treścią wstępnej opinii. Ze sprawozdania wynika bowiem, że badane wyroby nie są tożsame z tymi jakie opiniowano pod względem zgodności z dyrektywą 94/9/WE. Tłumaczenie części w języku niemieckim na język polski różni się zarówno, co do zawartości treści na poszczególnych stronach sprawozdania, jak też co samego oznaczenia stron tłumaczonych (numeracji stron oryginału i tłumaczenia nakładania się stron o różnych numerach: str 53, 54 oferty). W konsekwencji istnieje zasadnicza sprzeczność uprawniająca do stwierdzenia iż dokument w tłumaczeniu nie jest w ogóle dokumentem (niepodpisany) i czy odpowiada warunkom SIWZ. Z pisma firmy HOSCH z dnia 15.01. 2013r. złożonego w dniu 16.01.2013r. wynika, że jest ono odpowiedzią na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień treści oferty. Wynika z nich jednak, że na dzień pisma oferent -HOSCH sp. z o.o. nie dysponuje dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków przez oferowane wyroby. Dalej podał, że (...) Wyjaśnienie złożone w tym piśmie pozostaje w sprzeczności z treścią oferty. Powołano się w nim na badania oferowanych wyrobów w 2000 roku przeprowadzone na zlecenie spółki HOSCH. Dokumenty złożone dla potwierdzenia w języku polskim i niemieckim str 39-62 oferty wykazują, że badań dokonywano w aspekcie zgodności z procedurami i warunkami określonymi dokumentami z roku 2010. Samo zaś sprawozdanie jest datowane na czerwiec 2011 roku. Wyjaśnienia odwołują się do błędu w "przepisywaniu fragmentów dokumentu wcześniej sporządzonego w wyniku badań różnego typu wyrobów, który miał polegać tylko na błędnym oznaczeniu wyrobu we wnioskach końcowych opinii. Rozbieżność w czasie badań wskazanym w wyjaśnieniach firmy HOSCH i treści i czasu formułowanych wniosków wskazuje, że

nie można mówić o tożsamości wyrobów Wykonawcy poddanych badaniom z tymi jakie stały się przedmiotem wniosku, co do zgodności ze wskazaną dyrektywą. W wyniku dwukrotnego wglądu do ofert Odwołujący ustalił, że oferta wykonawcy HOSCH złożona na dzień poprzedzający otwarcie aukcji i wcześniej na dzień zaproszenia do udziału w niej różni się, co do treści z tą jaką dysponuje Zamawiający na dzień 24.01.2013 r. Do oferty załączono bowiem sprawozdanie jednostki notyfikowanej datowane nadzień 14.06.2011 - w języku niemieckim, ale w języku polskim datowane na 23.01.2013r. Treść i układ nowego dokumentu w języku polskim różni się od tego jakim dysponował Zamawiający na dzień zawiadomienia o aukcji i na dzień jej przeprowadzenia. Dotyczy to treści wniosków jednostki (pkt.7) jak też oznaczenia jak i numeracji stron w języku polskim. Złożony zatem nowy dokument, który nie może być uznany za wyjaśnienie w trybie art.26ust.4 ustawy Pzp. Z daty jego sporządzenia wynika również, że na dzień składania ofert wykonawca HOSCH sp.z o.o. nie dysponował dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunków przez oferowane wyroby w zakresie; dyrektywy 94/09/WE. W tym stanie rzeczy Zamawiający na etapie poprzedzającym aukcję tj. badania i oceny zakończonym przed dniem zaproszenia jak i na dzień aukcji nie mógł uznać, że oferta firmy HOSCH spełnia warunki określone SIWZ. Skutkiem tego winno stać się odrzucenie tej oferty. Ponieważ na zadanie nr 1 i 2 złożone zostały tylko trzy oferty, skutkiem odrzucenia oferty firmy HOSCH winno stać się ustalenie zamawiającego, że ofertą najkorzystniejszą jest oferta o niższe cenie z dwóch złożonych ofert, bez konieczności przeprowadzenia aukcji.

Co do drugiego zarzutu podał, że (...) W czasie przewidzianym zaproszeniem do aukcji doszło do jej zamknięcia, pomimo że dwóch uczestników aukcji złożyło postąpienia skutkujące możliwością kolejnych postąpień. Złożenie ich z przyczyn po stronie organizatora aukcji było niemożliwe. Dowodzi tego zarówno fakt podpisu postąpienia w czasie otwartej aukcji i próba jego złożenia przez dwóch niezależnych uczestników z dwóch różnych miejsc jak i fakt, że pierwsze postąpienie Odwołującego zarejestrowane przez system i zaakceptowane nie zostało ocenione w systemie punktowym. W tym stanie rzeczy Zamawiający nie zapewnił uczestnikom równego udziału w aukcji. Skutkiem tego -jak wynika z informacji na stronie Zamawiającego z dnia 18stycznia 2013r. doszło do ustaleń, że w rankingu ocen, oferta Odwołującego uplasowała się na 3 miejscu. W rzeczywistości -jak wynika ze zgłoszonej reklamacji do której treści i faktu złożenia odwołuje się Odwołujący jako

do części uzasadnienia niniejszego odwołania, zostało złożone postąpienia, które nie zostało zarejestrowane w sposób przewidziany ustawą i których rejestracja skutkowałaby możliwością kontynuacji aukcji. Jako dowody Odwołujący powołał materiały postępowania -w dyspozycji Zamawiającego w tym dot. przebiegu aukcji elektronicznej z platformy organizatora aukcji oraz powołane w "zażaleniu" z dnia 18.01.2013 spółki MAS oraz drugiego uczestnika aukcji - spółki PROSERWIS sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba uwzględniała przede wszystkim dyrektywę wynikającą z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne. W niniejszej sprawie Izba miała także na uwadze odpowiednio przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Tak jak ustaliła Izba, okoliczności co do podstaw odrzucenia oferty HOSCH sp. z o.o., wnoszący odwołanie wykonawca mógł powziąć już w dniu 10 stycznia 2013 r. Wykonawca przyznał bowiem, że oferta wykonawcy HOSCH sp. z o.o. została mu udostępniona w dniu 10 stycznia br, a informacja o wykonawcach zakwalifikowanych do aukcji elektronicznej, została skierowana do wykonawców w dniu 9 stycznia 2013 r. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Izba uznała, że taka informacja faxem - przedłożony raport z transmisji jest poprawny - została skierowana również do wykonawcy MAS na numer fax-u wskazany w ofercie. W okolicznościach niniejszej sprawy, zaproszenie z dnia 14 stycznia 2013 r., określające terminy i zasady prowadzenia aukcji nie może przywrócić terminu do wniesienia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 91a ustawy Pzp. W tym przypadku Izba zwraca ponownie uwagę, że w przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp liczy się również od daty, w której obiektywnie - przy zachowaniu należytej staranności - było możliwe powzięcie informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko od daty jej

podjęcia wprost przez wykonawcę, tak jak w tym stanie faktycznym, po dacie wyboru najkorzystniejszej oferty – zakończenia aukcji elektronicznej. W konkluzji izba stwierdza, że zarzut podniesiony po terminie - co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie i doktrynie - nie podlega rozpoznaniu przez Izbę, z uwagi na odpowiednie zastosowanie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 91a ustawy Pzp został przez Izbę pozostawiony bez rozpoznania w związku z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz z art. 182 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnośnie drugiego zarzutu - naruszenia art. 91 c ustawy Pzp - Odwołujący podnosząc naruszenie zasad prowadzenia aukcji elektronicznej w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne, jako dowody powołał materiały postępowania, będące w dyspozycji Zamawiającego w tym dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej z platformy organizatora aukcji oraz okoliczności wskazane w "zażaleniu" z dnia 18.01.2013 złożonym przez spółkę MAS i spółkę PROSERWIS sp. z o.o. W ocenie Izby wskazane dowody nie potwierdzają zarzutu prowadzenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej z naruszeniem wskazanego art. 91 c ustawy Pzp. Tak jak ustaliła Izba w niniejszej sprawie, Zamawiający po powzięciu informacji o ewentualnych nieprawidłowościach w przebiegu aukcji zgłoszonych przez wykonawcę MAS i wykonawcę PROSERWIS zwrócił się do Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie z dnia 21.01.br o wyjaśnienie złożonych reklamacji, przekazując przy tym piśmie również zażalenia tych wykonawców. Urząd Zamówień Publicznych, zgodnie z pismem z dnia 28 stycznia br, zlecił dokonanie analizy przebiegu aukcji elektronicznej podmiotowi odpowiedzialnemu za administrowanie systemem aukcyjnym [dalej również: organizator aukcji]. Organizator aukcji, w oparciu również o argumentację Odwołującego z zażalenia z dnia 18. 01. 2013 r. podał, że (...) Na podstawie logów aukcji stwierdza się, że Wykonawca brał czynny udział w aukcji. Podał również, że (...) Zgodnie z informacjami dostępnymi na stronie: <https://aukcje.uzp.gov.pl/ndex.php/hstory/auctionHistory/page/1/sd/A-58-2013> wnioskuje się, że ostatnie poprawne postąpienie Wykonawcy zostało złożone o godzinie 12:11:37." Dalej podano, że (...) Analiza logów dotyczących dalszych postąpień składanych po godzinie 12:11:37 wykazuje, że w dokumentach przesłanych przez Wykonawcę została naruszona ich integralność". W tym

przypadku podano, że (...) Analiza zawartości przesłanych dokumentów przez Wykonawcę po godzinie 12:11:37 wykazuje, że odszyfrowana zawartość podpisanych dokumentów PDF nie pokrywa, się z plikiem wygenerowanym przez system - zawartość pliku odszyfrowanego nie pokrywa się z zawartością pliku wygenerowanego przez system". W ocenie podmiotu odpowiedzialnego za administrowanie systemem aukcyjnym, (...) Sytuacja taka może mieć miejsce w przypadku, w którym wykonawca zamiast zapisać plik na dysku, otworzył go za pomocą aplikacji do podglądu plików PDF i zapisał go za jej pomocą. Aplikacje takie podczas zapisywania zmieniają czysto strukturę pliku PDF czego efektem jest podpisanie innego dokumentu, niż dokument znajdujący się na serwerze". Dalej podał, że (...) Dalsza analiza dokumentów przesłanych przez Wykonawcę po godzinie 12: 11 za pomocą narzędzia weryfikującego [<https://standardva.webnotarius.eu/dvcs-client/loaddocument.dvcs?conversatonId=1202>] potwierdza, że ich integralność została naruszona" oraz, że (...) Na podstawie powyższych, informacji oraz logów nie stwierdza się błędnego działania po stronie Portalu Aukcji Elektronicznych ani po stronie serwerów, na których jest on uruchomiony". W toku rozprawy Odwołujący potwierdził, że analogiczne stanowisko przedstawił organizator aukcji na odrębny wniosek wykonawcy, którą to informację uzyskał właśnie w toku rozprawy. Izba jednocześnie stwierdza, że w odniesieniu do zażalenia drugiego uczestnika aukcji - spółki PROSERWIS sp. z o.o. podano, że ten wykonawca wykorzystywał przeglądarkę Internet, podczas gdy regulaminu Portalu Aukcji Elektronicznych (paragraf 3) zaleca wyłącznie (...) stosowanie przeglądarek Mozilla Firefox3, Google Chrome 5, Opera 10" i w opinii podmiotu odpowiedzialnego również (...) nie stwierdza się błędnego działania po stronie Portalu Aukcji Elektronicznych ani po stronie serwerów, na których jest on uruchomiony" oraz, że (...) Zaistniała sytuacja wynika z czynników zewnętrznych niezależnych od Platformy" W konkluzji powołanego pisma z dnia 28 stycznia br podano, że w toku aukcji elektronicznej (...) nie zostały stwierdzone żadne usterki techniczne w działaniu platformy, uniemożliwiające prawidłowy przebieg aukcji."

Zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy nie jest możliwe przypisanie Zamawiającemu zarzutu braku zapewnienia wykonawcy warunków

dostępu do platformy elektronicznej. Izba, w tym miejscu zwraca uwagę, że Zamawiający nie jest administratorem platformy aukcyjnej. Tym samym wnioskowany przez Odwołującego – w toku rozprawy - dowód z opinii biegłego, został przez Izbę oddalony na podstawie art. 190 ust.6 ustawy Pzp, albowiem w ocenie Izby powołanie biegłego powodowałoby jedynie nieuzasadnioną zwłokę w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy.

Wobec powyższych ustaleń podlega także oddaleniu zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust.1 ustawy Pzp, z uwagi na to, że zarzut naruszenia art. 91c ustawy Pzp nie został przez Izbę uwzględniony.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: