

Sygn. akt: KIO/161/11

**WYROK**  
**z dnia 4 lutego 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 stycznia 2011 r. przez **Tiefenbach Polska Sp. z o.o., ul. Anieli Krzywoń 16, 41-922 Radzionków** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Tiefenbach Polska Sp. z o.o., ul. Anieli Krzywoń 16, 41-922 Radzionków** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Tiefenbach Polska Sp. z o.o., ul. Anieli Krzywoń 16, 41-922 Radzionków** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Tiefenbach Polska Sp. z o.o., ul. Anieli Krzywoń 16, 41-922 Radzionków** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. 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

Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z 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”, wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Leasing finansowy wraz z dostawą 166 kompletów nowych sekcji ścianowych obudów zmechanizowanych o zakresie pracy od nie więcej niż 1,4 m do co najmniej 2,7 m oraz dostawą nowego wysokociśnieniowego agregatu pompowego dla KW S.A. Oddział KWK „Chwałowice”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 października 2010 r., nr 2010/S 199-304143.

W dniu 17 stycznia 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający zawiadomił wykonawcę Tienfenbach Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Radzionkowie, zwanego dalej „Odwołującym”, o terminie aukcji elektronicznej, jednocześnie przekazując zasady jej przeprowadzenia.

Nadto Zamawiający w dniu 18 stycznia 2011 r. przesłał Odwołującemu zawiadomienie o aukcji zawierającą także informacje o czasie trwania (10 minut) oraz zasadach jej przeprowadzania o treści „Aukcja planowana jest na 20.01.2011 r. godz. 10:00 (czas trwania 10 min. + dogrywki)”.

W dniu 27 stycznia 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 27 stycznia 2011 r.) w zakresie zadania nr 2 na czynności Zamawiającego polegające na wadliwym przygotowaniu i przeprowadzeniu aukcji elektronicznej A-382-2010, zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 91b ust. 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przekazanie Odwołującemu wprowadzających w błąd informacji o warunkach przeprowadzenia aukcji, a w szczególności terminu jej zakończenia,
2. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie wszystkim wykonawcom jednakowych warunków uczestnictwa w aukcji elektronicznej,
3. naruszenie art. 91c ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne informowanie Odwołującego w trakcie aukcji o tym, że jego oferta jest najkorzystniejsza bez informacji, że są inne oferty równorzędne,
4. prowadzenie aukcji elektronicznej w taki sposób, iż faktycznie uniemożliwił Odwołującemu złożenie ostatecznej oferty (dokonanie postąpienia) w aukcji.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia aukcji elektronicznej dla zadania nr 2,
2. zwrot kosztów odwołania, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający nie zapewnił Odwołującemu takich samych warunków uczestniczenia w aukcji jakie mieli inni wykonawcy. Odwołujący był w trakcie aukcji informowany, że jego oferta znajduje się na pozycji 1 i, że jego oferta jest najkorzystniejsza, ale nie poinformowano go o tym, że została złożona inna równorzędna oferta.

W trakcie aukcji Odwołujący nie został poinformowany poprzez stronę internetową, na której aukcja się odbywała o rozpoczęciu „dogrywki”. Nie został też poinformowany o terminie zakończenia „dogrywki”. Zawiadomienie o „dogrywce” zostało przesłane na adres e-mail, a uprzednio nie wskazano takiego sposobu porozumiewania się z wykonawcami w czasie aukcji i z tą wiadomością Odwołujący zapoznał się po zakończeniu aukcji. Po uzyskaniu informacji, że inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą, Odwołujący wykonał kolejne postąpienie, ale operacja ta wobec dość skomplikowanego sposobu wygenerowania trwała 3 minuty, w konsekwencji czego oferta Odwołującego została odrzucona, ponieważ kilkanaście sekund wcześniej aukcja została zamknięta.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron 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 Izba 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 następujący stan faktyczny:

W dniu 17 stycznia 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający zawiadomił Odwołującego o terminie aukcji elektronicznej, jednocześnie przekazując zasady jej przeprowadzenia o następującej treści:

„Zostałeś zaproszony do aukcji elektronicznej w portalu Aukcji Urzędu Zamówień Publicznych

Twoja oferta jest aktualnie na pozycji: 1 z wartością punktową równą: 100,0.

Termin otwarcia aukcji: 2011-01-20 10:00:00

Aukcja zostanie zamknięta po 10 minutach bezczynności.

W przypadku, gdy dwie lub więcej ofert otrzyma taką samą, przy tym najkorzystniejszą punktację, aukcja zostanie przedłużona o 15 minut”.

Zamawiający w dniu 18 stycznia 2011 r. przesłał Odwołującemu zawiadomienie o aukcji, w treści którego zawarł także informacje o czasie jej trwania (10 minut) oraz zasadach jej przeprowadzania, tj. „Aukcja planowana jest na 20.01.2011 r. godz. 10:**00** (czas trwania 10 min. + dogrywki)”.

W dniu 20 stycznia 2011 r. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną za pośrednictwem portalu <http://aukcje.uzp.gov.pl>.

W dogrywce wziął udział Odwołujący oraz wykonawca Tech-Trading Sp. z o.o., zwany dalej „wykonawcą Tech-Trading”, który w jej toku złożył najkorzystniejszą ofertę.

Odwołujący zakwestionował prawidłowość przeprowadzonej aukcji, wskazując m.in. na wprowadzające w błąd informacje o warunkach przeprowadzenia aukcji, w tym terminu jej zakończenia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 91b ust. 2 ustawy Pzp zamknięcie aukcji następuje w terminie określonym w zaproszeniu, przy czym warunki zamknięcia muszą być określone przy odpowiednim zastosowaniu art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 ustawy Pzp, poprzez wskazanie terminu i warunków zamknięcia aukcji. Tak więc Zamawiający mógł wskazać, iż zamknięcie aukcji nastąpi w precyzyjnie oznaczonym terminie, tj. w określonym dniu o określonej godzinie, albo też podać, iż zamknięcie aukcji nastąpi po bezskutecznym oczekiwaniu na kolejne postąpienie przez okres wskazany w zaproszeniu.

Niewątpliwym jest, iż w niniejszym stanie faktycznym, aukcja miała zostać zamknięta po 10 minutach bezczynności, albo po zakończeniu ostatniego etapu licytacji (dogrywki), który miał trwać 15 minut. Zamawiający, dysponując prawem wyboru sposobu zamknięcia licytacji, musi bowiem bez względu na wybrany sposób, wskazać w zaproszeniu do licytacji dokładny, podany z dokładnością co do minuty moment zamknięcia licytacji i Zamawiający faktycznie to uczynił. Zamawiający przewidział bowiem, że aukcja zostanie zamknięta, jeżeli w okresie dziesięciu minut nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia (okres bezczynności wykonawców), zaś w przypadku zaistnienia warunku dotyczącego złożenia dwóch lub więcej ofert z taką samą, a przy tym najkorzystniejszą punktacją, aukcja zostanie przedłużona o okres 15 minut i nie stosuje się do niego (okresu 15 minut) zasady zamknięcia aukcji po upływie okresu bezczynności. Powyższe należy wywieść z treści zaproszenia do aukcji

elektronicznej przesłanego wykonawcom w dniu 17 stycznia 2011 r. Wskazane w jego treści postanowienie dotyczące przedłużenia aukcji o okres 15 minut (tzw. „dogrywka”), następuje dopiero w sytuacji, gdy upłynie już okres bezczynności (bez nowych postępień), a więc wówczas, gdy spełniony zostanie pierwszy z warunków zamknięcia. W tym kontekście, użyte w zaproszeniu do aukcji elektronicznej sformułowanie „przedłużenie” aukcji o okres 15 minut nie może być interpretowane w inny sposób, niż jako jednorazowe przesunięcie zamknięcia aukcji. Tak więc zamknięcie aukcji co do zasady powinno nastąpić w momencie upływu okresu bezczynności, jednak w sytuacji złożenia co najmniej dwóch ofert z najniższą ceną (ofert równorzędnych) miałyby zostać zakończone o 15 minut później. Oznacza to, iż określony przez Zamawiającego termin zamknięcia aukcji był zgodny z przepisami ustawy Pzp.

W trakcie aukcji na portalu UZP, na którym była prowadzona aukcja elektroniczna dostępne były wszystkie niezbędne informacje, w tym czas zakończenia aukcji. Jak wynika z akt postępowania w toku aukcji elektronicznej dwie oferty uzyskały ocenę punktową równą 100 punktów i w ciągu 10 minut nie nastąpiło złożenie kolejnego postąpienia. Wówczas uruchomiona została tzw. „dogrywka” w ściśle oznaczonym czasie 15 minut, gdzie nie znajdowała zastosowania opcja, iż między postąpieniami nie może upłynąć więcej niż 10 minut.

W toku aukcji Zamawiający – zgodnie z art. 91c ust. 3 ustawy Pzp – ma obowiązek na bieżąco informować każdego wykonawcę (także tych którzy w aukcji nie złożyli postępień, ale zalogowali się w systemie elektronicznym w celu udziału w aukcji) o pozycji złożonej przez niego oferty oraz o otrzymanej przez niego punktacji, a także o punktacji oferty najkorzystniejszej. Przepis ten jednak, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie nakazuje Zamawiającemu informowania wykonawców o fakcie złożenia więcej niż jednej oferty z najwyższą punktacją. Zamawiający zamyka aukcje elektroniczną w terminie wskazanym w zaproszeniu do aukcji elektronicznej i dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty.

W toku przedmiotowej aukcji elektronicznej – jak wynika z pisma UZP - wszyscy wykonawcy otrzymywali identyczne informacje. Każdy wykonawca miał zapewniony dostęp do informacji: o pozycji złożonej przez niego oferty, jej punktacji oraz o punktacji oferty najkorzystniejszej i żaden z uczestników aukcji, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie był w trakcie jej trwania informowany o fakcie złożenia dwóch ofert o jednakowej punktacji, a zatem nie posiadał informacji dodatkowych w stosunku do informacji dostępnych dla Odwołującego.

Informacja dotycząca aktualnego statusu aukcji elektronicznej była dostępna dla uczestników aukcji – jak wynika z pisma UZP - z poziomu zakładki „Informacje”, zarówno w trakcie trwania aukcji, jak i w okresie przed jej rozpoczęciem oraz po zakończeniu. Informacja o statusie aukcji obejmowała m.in. rozróżnienie, czy w danym momencie aukcja

znajdowała się w fazie podstawowej, czy też została uruchomiona faza tzw. dogrywki. Tym samym nieuprawnionym jest zarzut, że nie został on poinformowany o fakcie uruchomienia fazy tzw. „dogrywki”. Odwołujący miał bowiem zapewniony dostęp do informacji o aktualnym statusie aukcji, gdyż w każdej chwili mógł otworzyć zakładkę „informacje”. Niemniej jednak Odwołujący, jak należy przypuszczać, nie potrafił skorzystać z wszystkich informacji zawartych na portalu aukcji. Tak więc wiadomość o uruchomieniu etapu tzw. „dogrywki” przesłaną mu jedynie dodatkowo za pośrednictwem poczty elektronicznej potraktował jako jedyną informację dotyczącą tzw. „dogrywki”.

Ponadto stwierdzić należy, iż Zamawiający w zaproszeniu do aukcji elektronicznej poinformował wykonawców, iż będzie ona prowadzona na portalu Aukcji Urzędu Zamówień Publicznych, natomiast w treści SIWZ rozdział VII, pkt 11 zamieścił postanowienie „wersja demonstracyjna platformy aukcji elektronicznej, na której możliwe jest zapoznanie się z jej działaniem, została udostępniona pod adresem: <http://demo.aukcje.uzp.gov.pl>”. Tak więc Odwołujący, mając jakiegokolwiek wątpliwości zarówno co do wskazania miejsca na stronie portalu, w którym informacje na temat przebiegu prowadzonej aukcji są zamieszczane, terminu zamknięcia aukcji, jak również funkcjonowania systemu platformy aukcyjnej powinien je wyjaśnić u operatora systemu jeszcze przed rozpoczęciem aukcji. Otrzymał bowiem od Zamawiającego informacje o sposobie korzystania z platformy aukcyjnej. Tymczasem Odwołujący z wersji demonstracyjnej portalu skorzystał dopiero po zakończeniu aukcji, tj. w dniu 3 lutego 2011 r., nadal twierdząc iż określone informacje nie zostały tam zamieszczone. Niemniej jednak – jak wynika z pisma UZP - informacje dotyczące aktualnego statusu aukcji elektronicznej były dostępne dla uczestników aukcji z poziomu zakładki „Informacje”, zarówno w trakcie trwania aukcji, jak i w okresie przed jej rozpoczęciem oraz po zakończeniu.

Odwołujący już wcześniej brał udział w aukcjach elektronicznych prowadzonych przez tego Zamawiającego, znał więc zasady przeprowadzania aukcji, jak i portal, na którym były one przeprowadzane. Jednak nigdy wcześniej, co stwierdził na rozprawie, nie brał udziału w tzw. „dogrywce”, nie zgłaszał także żadnych wątpliwości odnośnie postanowień zaproszenia do aukcji elektronicznej, w tym także w zakresie terminu jej zamknięcia.

Odwołujący, będąc profesjonalistą uczestniczącym już wcześniej w tego typu postępowaniach, zobowiązany był do zachowania szczególnej staranności ze względu na zawodowy charakter prowadzonej przez niego działalności.

Tym samym okoliczność, iż Odwołujący nie wykorzystał dostępnych informacji przekazywanych przez system platformy aukcyjnej, następstwem czego było wykluczenie z postępowania nie może obciążać Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołującego, tj. art. 91b ust. 2, art. 7 ust. 1 i art. 91c ust. 3 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego wydruk ze strony demonstracyjnej portalu UZP, uznając je za stanowisko zgłaszającego ów dokument w poczet materiału dowodowego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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 na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....