

POSTANOWIENIE
z dnia 23 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **23 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2012 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Impel Security Polska” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Security Provider spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Asekuracja Cash Handling spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Katowicki Holding Węglowy Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach**

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Impel Security Polska” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Security Provider sp. z o.o., Asekuracja Cash Handling sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn.zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego usługi pn. *Świadczenie usług ochrony osób i mienia oraz fizycznego zabezpieczenia obszarów, obiektów i urzędzeń kopalń KHW S.A. przez specjalistyczne, uzbrojone formacje ochronne* (oznaczenie sprawy: ZP/813/2012).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10 maja 2012 r. pod nr 2010/S_92-152647, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.khw.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 45.000.000,00 zł, co stanowi równowartość 11.195.143,80 euro.

6 sierpnia 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: „Impel Security Polska” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Impel Security Provider sp. z o.o., Asekuracja Cash Handling sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w zakresie części I, II i IV zamówienia, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej w tych częściach zamówienia oferty złożonej przez Odwołującego.

16 sierpnia 2012 r. Odwołujący wniósł drogą elektroniczną odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od następująco sprecyzowanych czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego, które naruszyły wskazane w odwołaniu przepisy ustawy pzp:

1. Przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dwóch etapach – wbrew dyspozycji przepisu art. 91a ust. 4.
2. Zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej w drodze elektronicznej oraz dokonanie tego zaproszenia faksem – wbrew dyspozycji przepisu art. 91b ust. 1.
3. Zaniechanie otwarcia aukcji elektronicznej w terminie nie krótszym niż dwa dni robocze od dnia przekazania zaproszenia oraz otwarcie aukcji elektronicznej w terminie krótszym

niż dwa dni robocze od dnia przekazania zaproszenia – wbrew dyspozycji przepisu art. 91b ust. 3.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej.
2. Powtórzenia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w formie oraz terminie przewidzianych w ustawie pzp.
3. Unieważnienia aukcji elektronicznej oraz jej ponownego przeprowadzenia.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania:

Zamawiający zastosował podstawowy tryb przetargu nieograniczonego decydując ponadto na skorzystanie z instytucji aukcji elektronicznej jako sposobu dla dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu. Ponadto Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną w dwóch etapach. Pierwszy z nich odbył się 24 lipca 2012 r., drugi natomiast 2 sierpnia 2012 r. Podstawą dla ich przeprowadzenia były odpowiednio: zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej skierowane do wykonawców z 17 lipca 2012 r. oraz zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej skierowane do wykonawców z 2 sierpnia 2012 r.

Zgodnie z art. 91a pzp jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, oraz jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu i złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu – zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, a kryteriami oceny te są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej. Przy czym aukcja elektroniczna jest jednoetapowa. W świetle regulacji art. 91b pzp zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu zaś termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania przedmiotowego zaproszenia.

Przepis art. 91b ust. 1 pzp wyraźnie stanowi, że czynności zaproszenia zamawiający dokonuje drogą elektroniczną, nie wskazując jednocześnie żadnej alternatywy dla tej formy. Odwołanie zawarte w art. 91c ust. 5 pzp do art. 77 pzp, odnoszącego się do licytacji elektronicznej, oznacza, że również w toku aukcji elektronicznej wszystkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje zamawiający i wykonawcy przekazują sobie tylko i wyłącznie drogą elektroniczną. Zamawiający nie ma więc możliwości wyboru innego sposobu porozumiewania się z wykonawcami, a zatem wyłączeniu podlega możliwość zastosowania w przedmiotowym względzie art. 27 pzp. W żadnym wypadku nie należy

utożsamiać wskazanej „drogi elektronicznej” z innymi formami przekazywania informacji dedykowanymi przez ustawodawcę dla odrębnych przypadków ze względu na ich specyfikę. Należy uznać, że rozgraniczenie trzech zasadniczych form przekazywania informacji, tj. (1) przekazywania informacji drogą pisemną, (2) przekazywania informacji za pomocą faksu oraz (3) przekazywania informacji drogą elektroniczną stanowi celowy zabieg ustawodawcy. Ustawa przewiduje zarówno sytuacje, w których formą jedynie właściwą jest przekazanie informacji faksem jak i takie, które generują po stronie danego podmiotu obowiązek zachowania drogi elektronicznej – jak ma to miejsce w przypadku regulacji art. 91b ust. 1 pzp. Nie następuje także wątpliwości natury interpretacyjnej określenie zakresu znaczeniowego dla wskazanych przez ustawodawcę form przekazywania informacji. Forma pisemna zachowana jest poprzez przekazanie informacji w postaci pisma posiadającego przymiot fizyczności. Przekazywanie informacji faksem sprowadza się do skorzystania z usługi symilograficznej, polegającej na przesyłaniu wiadomości w postaci obrazów nieruchomych pomiędzy posiadającymi przypisany numer abonencki aparatami symilograficznymi, za pośrednictwem łączy telefonicznych z komutacją automatyczną. Określenie jako właściwej drogi przekazywania informacji drogą elektroniczną oznacza konieczność posłużenia się w tym celu pocztą elektroniczną, tzw. e-mailem. W przedmiotowym wypadku Zamawiający informację stanowiącą zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej – zarówno tej odbytej 24 lipca 2012 r., jak i tej z 2 sierpnia 2012 r. – przekazał za pomocą faksu, a nie, jak tego wymaga przepis art. 91 b. ust. 1 pzp, w drodze elektronicznej, tj. za pomocą wiadomości e-mail.

W zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej zamawiający zobligowany jest do podania wykonawcom informacji określonych w art. 91b ust. 2 pzp. Między innymi jest to termin otwarcia aukcji elektronicznej, który zgodnie z przepisami nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Ponieważ zaproszenie przekazywane jest drogą elektroniczną, to pomijając ewentualne problemy techniczne, dzień jego przekazania będzie zawsze dniem otrzymania zaproszenia przez wykonawcę. Należy stwierdzić, że o ile w przypadku pierwszej aukcji elektronicznej, tj. przeprowadzonej 24 lipca 2012 r., zaproszenie do udziału kierowane do Odwołującego (choć z pominięciem formy zastrzeżonej w pzp), dokonane było z zachowaniem przewidzianego w niej terminu, o tyle w przypadku aukcji powtórnej, tj. przeprowadzonej 2 sierpnia 2012 r., Zamawiający przesłał zaproszenie w dniu odbycia aukcji, nie zachowując tym samym 2-dniowego terminu stanowiącego ustawowe minimum.

Izba ustaliła, że 17 sierpnia 2012 r. Zamawiający przekazał kopię wniesionego odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu. Żaden z wykonawców nie zgłosił do Prezesa Izby przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Na podstawie treści złożonego odwołania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przesłanej w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, Izba ustaliła i zważyła , co następuje:

Odwołujący złożył ofertę na każdą z 4 części zamówienia dotyczących świadczenia usług w poszczególnych kopalniach Zamawiającego. Po ocenie ofert Zamawiający 19 lipca 2012 r. przekazał faksem wykonawcom informację, że 24 lipca 2012 r. na stronie internetowej <http://aukcje.uzp.gov.pl> odbędzie się aukcja elektroniczna w zakresie części I, III i IV. Zamawiający przypomniał wykonawcom o obowiązku przesłania w terminie 3 dni roboczych po zakończeniu aukcji załącznika dotyczącego sposobu wyliczenia ceny oferty, z uwzględnieniem przeliczenia cen składowych wynikającego z zaofferowanej w aukcji łącznej ceny brutto. Jednocześnie na podstawie postanowienia rozdziału I.2 pkt 7.3.2 SIWZ Zamawiający zwrócił się o potwierdzenie drogą elektroniczną otrzymania zaproszeń i identyfikatorów (loginu i hasła wysyłanych automatycznie z portalu UZP). W tym samym dniu Odwołujący przesłał e-mailem stosowne potwierdzenie. 24 lipca 2012 r. Odwołujący był uczestnikiem aukcji dotyczących I, III i IV części zamówienia (dla II części zamówienia aukcji nie prowadzono, gdyż zostały złożone tylko 2 oferty). 26 lipca 2012 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu pismo, w którym poinformował, że po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej przesyła załączniki dotyczące sposobu wyliczenia odrębnie dla I, III i IV części zamówienia. 24 lipca 2012 r. jeden z pozostałych wykonawców przesłał do wiadomości Zamawiającego pismo wystosowane do platformy aukcji elektronicznej Urzędu Zamówień Publicznych w związku z nieprzyjęciem przez serwer postąpień w zakresie I i III zamówienia. Zamawiający wystąpił 27 lipca 2012 r. do UZP o zajęcie stanowiska w sprawie tego pisma wraz z informacją o konieczności (lub nie) powtórzenia aukcji. Pismem z 1 sierpnia 2012 r. Urząd poinformował Zamawiającego, że zlecił dokonanie analizy przebiegu tych aukcji elektronicznych podmiotowi odpowiedzialnemu za administrowanie systemem aukcyjnym, przytaczając uzyskaną odpowiedź administratora systemu. W analizie aukcji dla części I zamówienia nie stwierdzono problemów technicznych, które byłyby przyczyną nieprawidłowego przebiegu aukcji w zgłoszonym zakresie. Natomiast odnośnie aukcji dla części III zamówienia stwierdzono, że wykonawca próbował złożyć postąpienia, jednak każda z prób zakończyła się komunikatem o błędzie, który wynikał z błędnego narzędzia weryfikującego podpisane dokumenty udostępnionego przez firmę zewnętrzną.

W podsumowaniu Urząd uznał, że aukcja ta nie została przeprowadzona w sposób zapewniający wszystkim wykonawcom możliwość składania postąpień elektronicznych i zasadne jest rozważenie jej powtórzenia, jednak decyzja w tym zakresie należy do Zamawiającego. 2 sierpnia 2013 r. Zamawiający przekazał faksem wykonawcom informację o tym, że dla części III zamówienia odbędzie się powtórna aukcja elektroniczna na tej samej co poprzednio stronie internetowej, w pozostałym zakresie zamieszczając informacje analogiczne, jak poprzednio. W treści pisma skierowanego do każdego z wykonawców wskazano datę 07.08.2012 r., z tym, że cyfra 7 została ręcznie nadpisana na wydrukowanej pierwotnie cyfrze 2, oraz godzinę 10:00. Z raportu udanej transmisji faksu wynika, że do Odwołującego pismo zostało przesłane 2 sierpnia 2012 r. o godz. 13:02. O 14:03 Odwołujący przesłał e-mail potwierdzający otrzymanie loginu i hasła do platformy aukcyjnej UZP na część III zamówienia. Odwołujący załączył także automatyczną wiadomość otrzymaną o 11:29 z adresu e-mail no-reply@uzp.gov.pl, zawierającej między innymi informację o zaproszeniu do aukcji elektronicznej, której termin otwarcia przypada 7 sierpnia 2012 r. o godz. 10:00. 6 sierpnia 2012 r. Zamawiający zawiadomił o rozstrzygnięciu postępowania w zakresie części I, II i IV (wybrano ofertę Odwołującego), w którego treści zawarł także informację powodach powtórzenia aukcji dla III części zamówienia. Odwołujący był uczestnikiem powtórzonej aukcji, która odbyła się 7 sierpnia 2012 r., a po jej zakończeniu tego samego dnia przesłał załącznik dotyczący sposobu wyliczenia ceny oferty dla części III zamówienia. 16 sierpnia 2012 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu zawiadomienie o wyborze jego oferty również w zakresie III części zamówienia.

Art. 189 ust. 2 ustawy pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z przepisem art. 189 ust. 4 pzp. Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jest okoliczność wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie. Izba stwierdziła zaistnienie tej przesłanki w rozpoznawanej sprawie.

Izba zważyła, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu wskazanego w przepisie art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 pzp [to jest faksem lub drogą elektroniczną] – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp. Nadto według przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp odwołanie wobec innych czynności [niż powyżej określone]

wnosi się, w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Odwołujący bezpodstawnie liczy termin na wniesienie odwołania dopiero od otrzymania 6 sierpnia 2012 r. zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, z którego mógł powziąć informację o wyborze jego oferty w zakresie części I, II i IV zamówienia. Z treści odwołania wynika, że Odwołujący nie odwołuje się od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w którejkolwiek z części zamówienia. Odwołanie nie konkretyzuje nawet, czy dotyczy ono wszystkich czy niektórych części zamówienia. Pewne jest jednak to, że zawiadomienie, na które Odwołujący się powołuje, nie dotyczy rozstrzygnięcia postępowania w zakresie części III zamówienia, jednocześnie tylko tej części może dotyczyć zarzut przeprowadzenia dwuetapowej aukcji. Przedmiotem odwołania są natomiast następujące czynności: zaproszenie do udziału w aukcji w niewłaściwej formie (względnie zaniechanie zaproszenia do udziału w aukcji we właściwej formie), przeprowadzenie aukcji w dwóch etapach, zamiast w jednym, i brak zachowania wymaganego terminu pomiędzy zaproszeniem do aukcji a jej przeprowadzeniem. Tymczasem Odwołujący otrzymał faksem od Zamawiającego zaproszenia do aukcji odpowiednio 19 lipca i 2 sierpnia 2012 r., a zatem od tych dat należy liczyć 10-dniowy termin na kwestionowanie formy zawiadomienia, przy czym wyłącznie dla III części zamówienia będzie to późniejsza z tych dat. Ponadto z zaproszenia otrzymanego 2 sierpnia 2012 r. Odwołujący dowiedział się o tym, że dla III części zamówienia aukcja zostanie powtórzona (tzw. drugi etap aukcji według terminologii odwołania). Wreszcie, wyłącznie z tego pisma Odwołujący mógł wywieść swój zarzut niezachowania dla tej powtórzonej aukcji wymaganego terminu pomiędzy zaproszeniem do udziału w niej a jej przeprowadzeniem, gdyż wyłącznie jego treść obejmuje wskazanie terminu powtórzonej aukcji. Natomiast w piśmie z 6 sierpnia 2012 r. Zamawiający podał jedynie powody, które przywiodły go do decyzji o powtórzeniu aukcji dla III części zamówienia, niejako przy okazji, gdyż zawiadomienie dotyczy rozstrzygnięcia postępowania w zakresie I, II i IV części zamówienia.

Nie sposób nie zauważyć, że Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego nieotwarcia aukcji w terminie nie krótszym niż dwa dni robocze od zaproszenia do wzięcia w niej udziału – wskazuje na nieistniejące okoliczności faktyczne a inne okoliczności faktyczne celowo pomija. W zawiadomieniu z 2 sierpnia 2012 r. o powtórzeniu aukcji dla III części zamówienia nie wskazano, że odbędzie się ona w tym samym dniu, gdyż błędnie wydrukowana cyfra 2 została ręcznie nadpisana cyfrą 7. Nawet przyjmując, że taki sposób poprawienia tej daty mógł rodzić jakieś wątpliwości, to Odwołujący obiektywnie nie mógł

zakładać, że aukcja ma się odbyć 2 sierpnia 2012 r. Otwarcie aukcji wyznaczono na godzinę 10:00, natomiast zaproszenie faksem zostało przesłane do Odwołującego 2 sierpnia 2012 r. po godzinie 13. W jego treści zamieszczono informację, że loginy i hasło do tej aukcji zostaną automatycznie przesłane przez portal uzp.gov.pl. Następnie Odwołujący przesłał drogą elektroniczną tego samego dnia po godzinie 14 potwierdzenie otrzymania tych danych, do którego załączył otrzymaną z UZP wiadomości e-mail w temacie zaproszenia do aukcji w portalu aukcyjnym, którego treść obejmowała również wskazanie terminu otwarcia aukcji na 7 sierpnia 2012 r. o godzinie 10:00. Z dokumentacji postępowania wynika zresztą, że Odwołujący wziął udział w tej aukcji, która odbyła się w zaplanowanym terminie, co było podstawą do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej również w III części zamówienia, o czym został zawiadomiony 16 sierpnia 2012 r. Obiektywnie nie wystąpiła zatem w rzeczywistości okoliczność przeprowadzenia 2 sierpnia 2012 r. aukcji.

Wobec stwierdzenia zajścia powyżej wskazanej przesłanki odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego względu, Izba – działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 zdanie 1 ustawy pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisami § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczonego przez niego wpisu.

Przewodniczący: