

Sygn. akt KIO/181/11

WYROK
z dnia 9 lutego 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fabrykę Taśm Transporterowych WOLBROM S.A., ul. 1-go Maja 100; 32-340 Wolbrom** od czynności zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Fabrykę Taśm Transporterowych WOLBROM S. A., ul. 1-go Maja 100; 32 – 340 Wolbrom,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice,** na rzecz **Fabryki Taśm Transporterowych WOLBROM S.A., ul. 1-go Maja 100; 32 – 340 Wolbrom,** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 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

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30; 40 - 039 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę taśm przenośnikowych tkaninowo-gumowych do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych, do Oddziałów KW SA w 2011 r*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 października 2010 r. pod numerem 2010/S 192-293711.

Dnia 26 stycznia 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców, iż w związku z nieprawidłowościami działania systemu zgłoszonymi przez wykonawcę WĘGLOKOKS S.A., w zakresie przebiegu aukcji elektronicznej z dnia 14 grudnia 2010 roku – dla zadania Nr 24 zwrócił się do Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych o odniesienie się do przedstawionych przez wykonawcę zarzutów, w aspekcie funkcjonowania Platformy Aukcyjnej UZP w trakcie trwania przedmiotowej aukcji. Zamawiający biorąc pod uwagę odpowiedź UZP, poinformował o powtórzeniu aukcji elektronicznej dla zadania Nr 24.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Fabryka Taśm Transporterowych Wolbrom S.A., ul. 1-go Maja 100; 32-340 Wolbrom (zwany dalej „*Odwołującym*”) i dnia 31 stycznia 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił, iż czynność Zamawiającego polegająca na powtórzeniu aukcji elektronicznej:

- 1) narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych) przez powtórzenie aukcji z udziałem wykonawcy Węglokoks S.A. w wyniku niezgodnych z prawem i z specyfikacją istotnych warunków zamówienia działań tego podmiotu,
- 2) narusza art. 91 c ust 1 i ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez powtórzenie aukcji w sytuacji gdy dochowane zostały przepisy dotyczące aukcji elektronicznej.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności powtórzenia aukcji w zadaniu nr 24.
2. Zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał na istnienie interesu prawnego we wniesieniu odwołania stwierdzając, że złożył w zadaniu Nr 24 w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która po zakończeniu aukcji elektronicznej została sklasyfikowana na pierwszej pozycji. W razie powtórzenia aukcji wykonawca może stracić zajmowaną pozycję i w efekcie nie otrzymać zamówienia, co może pociągnąć za sobą szkodę u Odwołującego się.

Uzasadniając Odwołujący wskazał, iż w dniu aukcji, o godzinie 14:01:52 wykonawca Węglokoks S.A. złożył ofertę odpowiadającą ofercie złożonej w postępowaniu (zawierającą tą samą cenę), która została pozytywnie zweryfikowana przez system o godz. 14:02:05. Ten moment przyjął system za czas złożenia oferty i rozpoczął naliczanie 10 minut. Następnie o godz. 14:16:19 ten sam wykonawca złożył ofertę korzystniejszą (z ceną 2 536 800,00 zł). O godz. 14:19:46 Odwołujący złożył ofertę z ceną 2 200 000,00 zł, a o godz. 14:22:05 aukcja została zamknięta.

W toku aukcji oferty składał tylko wykonawca Węglokoks SA i Odwołujący.

Dyrektor Generalny UZP, pismem z dnia 20.01.2011 r. poinformował Zamawiającego, że fakt dopuszczenia przez system do złożenia przez wykonawcę Węglokoks S.A. oferty nie będącej ofertą korzystniejszą musi być uznane za wadę postępowania mającą wpływ na wynik postępowania, gdyż nie było możliwości składania ofert po godz. 14:22:05.

Odwołujący wywodził, że wbrew stanowisku Dyrektora Generalnego UZP nie tylko brak podstaw prawnych do powtarzania aukcji elektronicznej, ale co więcej - jej powtórzenie naruszy zasadę uczciwej konkurencji oraz będzie sprzeczne z przepisem art. 91 c ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał, że wykonawcy wiedzieli, że w toku aukcji elektronicznej należy składać oferty korzystniejsze. Fakt, że system uznał, iż oferta złożona przez Węglokoks S.A. o godz. 14:02:05 jest prawidłową ofertą, nie był - jak wywodził w piśmie Dyrektor Generalny UZP - przyczyną powodującą wadę postępowania przez brak możliwości składania ofert po godz. 14:22:05. Przeciwnie - dzięki wadliwemu przyjęciu oferty wykonawcy Węglokoks S.A. o godz. 14:02:05 wykonawcy mieli możliwość składania ofert przez przeszło dwie minuty dłużej niż powinni, gdyż w opisanym stanie faktycznym aukcja powinna skończyć się równo o 14:20:00. Każdy wykonawca wiedział bowiem jak kształtuje się punktacja po złożeniu ofert pisemnych i jaka jest cena oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca winien znać przepisy i wiedzieć, co oznacza złożenie pojęcie „*złożenie oferty korzystniejszej*”.

Odwołujący wskazał, że poza Węgłokoksem S.A. i Odwołującym żaden z innych wykonawców nie złożył żadnej oferty w aukcji dotyczącej zadania nr 24 od chwili jej rozpoczęcia aż do 14:22:05. Zatem nie można domniemywać, że podmioty te złożyłyby ofertę później. Nie doszło zatem do naruszenia ich interesów poprzez zamknięcie aukcji o 14:22:05.

W ocenie Odwołującego, nie można mówić także o naruszeniu interesu wykonawcy Węgłokoks S.A. skoro w praktyce to działanie tego podmiotu spowodowało niepewność, co do prawidłowości aukcji. Podmiot ten złożył bowiem ofertę korzystniejszą o godz. 14:16:19 i miał możliwość dalszego składania ofert pomiędzy 14:19:46 i 14:22:05. Z ostrożności Odwołujący podniósł, że nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, że wykonawca ten mógł sądzić, że złożenie oferty o 14:16:19 przedłuża aukcje o kolejne 10 minut, gdyż rozumienie takie wynikałoby z niezrozumienia przepisów dotyczących postępowania i negatywne następstwa tego obciążają jedynie tego wykonawcę. System każdorazowo pokazuje czas pozostały do końca aukcji. Wykonawcy mieli więc możliwość na bieżąco śledzić czas pozostały do zakończenia aukcji i stosownie zareagować.

Ponieważ nie został naruszony interes żadnego podmiotu uczestniczącego w aukcji brak podstaw do jej powtórzenia.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że ewentualne powtórzenie aukcji spowoduje, że naruszona zostanie zasada równego traktowania wykonawców, gdyż podmioty nieskładające ofert w pierwotnym przetargu oraz wykonawca Węgłokoks S.A., otrzymaliby szansę powtórnego uczestniczenia w postępowaniu - z pokrzywdzeniem Odwołującego, który zastosował się do procedury składania postąpienia i złożył je skutecznie i terminowo.

W oparciu o przytoczone zarzuty Odwołujący uznał, że brak podstaw do powtórzenia aukcji w zadaniu nr 24, a zatem żądanie uwzględnienia odwołania jest zasadne i konieczne.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 28 stycznia 2011 roku.

Zamawiający, dnia 28 stycznia 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania.

Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, zgodnie z postanowieniami działu VII specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zadania Nr 24 przewidział dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

W ust. 3 działu VII s.i.w.z. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 91 c ust. 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych w toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą Formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji.

Zgodnie z informacją Zamawiającego aukcja miała rozpocząć się dnia 14 grudnia 2010 roku o godzinie 14.00., a zakończyć dnia 14 grudnia 2010 roku o godzinie 14.10.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż w przypadku, gdy dwie lub więcej ofert najkorzystniejszych będą o takich samych wartościach punktowych, termin zamknięcia zostanie przedłużony o 10 minut.

Zamawiający określił również, iż minimalne dopuszczalne postąpienie musi wynosić 13 000,00 zł.

W przedmiotowym postępowaniu dla zadania Nr 24 złożone zostały 3 oferty:

- 1) Fabryka Taśm Transporterowych WOLBROM S.A., ul. 1 Maja 100; 32-340 Wolbrom, cena oferty brutto: 2 549 800,00 zł,

- 2) SEMPERTRANS Bełchatów sp. z o.o., ul. Transportowa 5; 97-427 Rogowiec, cena oferty brutto: 2 742 511,20 zł,
- 3) WĘGLOKOKS S.A., ul. Mickiewicza 29; 40-085 Katowice, cena oferty brutto: 2 549 800,00 zł.

Pismem z dnia 15 grudnia 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach przeprowadzonej aukcji elektronicznej wskazując, iż w zadaniu Nr 24 (aukcja A-348-2010) największą liczbę punktów uzyskał Odwołujący (100,00 pkt.).

Pozostali uczestnicy otrzymali odpowiednio:

- WĘGLOKOKS S.A. – 86,7234310943 pkt.,
- SEMPERTRANS Bełchatów sp. z o.o. – 80,2184508855 pkt.

Pismem z dnia 23 grudnia 2010 roku wykonawca WĘGLOKOKS S.A poinformował Zamawiającego, że w trakcie aukcji elektronicznej dotyczącej zadania Nr 24 zauważył nieprawidłowości działania systemu, które w ocenie zgłaszającego miały istotny wpływ na wynik aukcji. WĘGLOKOKS S.A. podał, że jak wynika z historii przedmiotowej aukcji, z niezrozumiałych przyczyn została ona zamknięta po niespełna 3 minutach od postąpienia złożonego przez WOLBROM S.A. W ocenie zgłaszającego sytuacja powyższa uniemożliwiła mu złożenie kolejnego postąpienia i być może wygranie aukcji.

WĘGLOKOKS S.A. poinformował, że złożył kolejne postąpienie (wydruk załączył do swojego pisma), ale nie zostało ono przyjęte przez system z uwagi na zamknięcie aukcji.

Zamawiający pismem z dnia 28 grudnia 2010 roku wystosował pismo do Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z prośbą o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji oraz o odniesienie się do przedstawionych przez WĘGLOKOKS S.A. zarzutów w aspekcie funkcjonowania Platformy Aukcyjnej Urzędu Zamówień Publicznych w trakcie trwania przedmiotowej aukcji.

W odpowiedzi Urząd Zamówień Publicznych podniósł, iż zarzut podniesiony przez wykonawcę WĘGLOKOKS S.A. dotyczący nieprawidłowego zamknięcia przedmiotowej aukcji elektronicznej nie jest zasadny. Urząd wskazał, iż jak wynika z informacji zapisanych w systemie, Zamawiający ustalił, że przedmiotowa aukcja zostanie zamknięta w przypadku upływu okresu 10 minut bezczynności (tj. okresu, w którym nie są składane przez wykonawców nowe postąpienia). UZP podkreślił jednocześnie, iż Zamawiający wskazał, że

w przypadku, gdy dwie lub więcej ofert otrzyma taką samą, a przy tym najkorzystniejszą punktację, aukcja nie zostanie definitywnie zamknięta wraz z upływem ustalonego przez zamawiającego okresu bezczynności, lecz zostanie jednorazowo przedłużona o 10 minut.

Urząd wskazał również, że przyjęcie przez system aukcyjny – wskutek błędu programowego – postąpienia, które nie jest korzystniejsze od wcześniejszej oferty wykonawcy, a jednocześnie nie spełnia warunku minimalnego postąpienia, musi być uznane za wadę postępowania. Wada ta, w ocenie UZP miała wpływ na wynik aukcji, gdyż wskazane postąpienie miało decydujący wpływ na ustalenie definitywnego terminu zamknięcia aukcji, powodując tym samym brak możliwości składania przez wykonawców dalszych postąpień po godzinie 14:22:05.

W tym stanie faktycznym Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości fakt, iż Zamawiający unieważniając wyniki pierwotnie przeprowadzonej aukcji, naruszył zasadę określoną w przepisie art. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Za decyzję unieważniającą wyniki pierwotnie przeprowadzonej aukcji uznać należy pismo Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2011 roku.

Izba uznała, iż wykonawca WĘGLOKOKS S.A. nie dochował należytej staranności, uczestnicząc w przedmiotowej aukcji. Jak słusznie zauważył skład orzekający Izby w wyroku z dnia 24 czerwca 2010 roku o sygn. akt KIO/1012/10, KIO/1060/10, „[...] uczestnicy są profesjonalnymi podmiotami działającymi w obrocie gospodarczym, stąd zasadnym jest wymaganie od nich pewnego minimalnego poziomu staranności i dbałości o własne interesy [...]”.

W przedmiotowym postępowaniu jasnym było, iż w przypadku, gdy dwie lub więcej ofert otrzyma taką samą najkorzystniejszą punktację, aukcja zostanie przedłużona o 10 minut. W pierwszych 10 minutach aukcji elektronicznej dwie oferty, tj. Odwołującego i WĘGLOKOKS S.A. przedstawiały taką samą najkorzystniejszą punktację. Bez znaczenia pozostaje fakt zgłoszenia postąpienia dokonanego przez WĘGLOKOKS S.A., gdyż po pierwsze postąpienie nie spełniało warunku określonego przepisem art. 91 c ust. 1 ustawy Pzp, tj. złożenie kolejnego korzystniejszego postąpienia. Po drugie, Zamawiający wymagał, aby składane postąpienie było korzystniejsze o minimum 13 000,00 zł. WĘGLOKOKS S.A. złożył postąpienie w wysokości wartości oferty złożonej w postępowaniu, tym samym nie spełnił obydwu warunków ustalonych przez Zamawiającego.

Powyższe oznaczało, iż faktycznie w aukcji, w jej pierwszym czasookresie, nie zostało złożone korzystniejsze postąpienie. Konsekwencją tej sytuacji było automatyczne przedłużenie aukcji o kolejne 10 minut.

W przedłużonym czasie aukcji, tzw. dogrywce, wykonawca WĘGŁOKOKS S.A. złożył, o godzinie 14:16:19 postąpienie na kwotę 2 536 800,00 zł. Postąpienie było właściwe pod kątem minimalnej kwoty określonej przez Zamawiającego.

W określonym terminie dogrywki, tj. o godzinie 14:19:46 Odwołujący złożył korzystniejsze postąpienie, opiewające na kwotę 2 200 000,00 zł.

W ocenie Izby, Zamawiający winien przyjąć, bez względu na wskazania systemu, który służył do przeprowadzania aukcji elektronicznej na platformie UZP, za nieskuteczne pierwsze postąpienie dokonane przez WĘGŁOKOKS S.A., które z wyżej wskazanych przyczyn było niewłaściwe, gdyż nie spełniało wymogów określonych zarówno ustawą Pzp, jak i regulaminem aukcji opracowanym przez Zamawiającego. Nie można bowiem bezkrytycznie i bezwiednie przyjmować wszystkich komunikatów generowanych przez system, który jest jedynie elektronicznym narzędziem, które ma pomóc Zamawiającemu w wyłonieniu oferty najkorzystniejszej. Zamawiający, jako gospodarz postępowania zbiera informacje, a następnie ją analizuje i porównuje z przepisami, w celu dokonania oceny zgodności i wyeliminowania ewentualnych błędów czy też niezgodności.

W przedmiotowym postępowaniu należało przyjąć, iż w pierwszym terminie, tj. od godziny 14:00 do godziny 14:10 nie zostało zgłoszone postąpienie, tym samym Zamawiający posiadał dwie identyczne oferty najkorzystniejsze. Zgodnie z regulaminem aukcji, została ona przedłużona o kolejne 10 minut, o tzw. dogrywkę, tj. od godziny 14:10 do godziny 14:20, i z tą godziną bez względu na wynik, aukcję należało zamknąć.

W wymaganym przez Zamawiającego terminie, jak i w określonej przez Zamawiającego minimalnej wysokości postąpienia wyłoniona została oferta, złożona przez Odwołującego, i to z tym wykonawcą Zamawiający winien zawrzeć umowę.

Izba stwierdziła, że Zamawiający niezasadnie uznał, iż przedmiotową aukcję należy powtórzyć. W ocenie Izby nie zachodzą przesłanki do uznania, iż pierwotnie przeprowadzona aukcja naruszała interes wykonawcy WĘGŁOKOKS S.A., czy też Zamawiającego, gdyż wykonawca ten posiadał pełną wiedzę o warunkach aukcji.

Nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja WĘGŁOKOKS S.A., iż „Złożył korzystniejsze postąpienie, które być może mogło wskazać tego wykonawcę, jako zwycięzcę aukcji.” Powyższa argumentacja jest o tyle niezasadna, iż postąpienie, którego dokonał WĘGŁOKOKS S.A., które nie zostało zarejestrowane w systemie, zostało dokonane

o wartość 200,00 zł, czyli niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, który wymagał minimalnego postąpienia na poziomie 13 000,00 zł. Tym samym, nawet jeżeli postąpienie dokonane byłoby we właściwym czasie, to i tak nie mogłoby być uznane przez system, jako prawidłowe.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

.....