

Sygn. akt: KIO 1672/12

## WYROK

z dnia 20 sierpnia 2012r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska –Romek**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2012r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2012r. **Polimex - Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź - Teren, ul. Piotrkowska 58, 90-105 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

**1. oddala odwołanie.**

**2. kosztami postępowania obciąża Polimex - Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polimex - Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Polimex - Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** na rzecz **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź – Teren, ul. Piotrkowska 58, 90-105 Łódź,** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź Teren prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzieleni zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa 10 sztuk transformatorów o mocy 110/ 15kV, 25 MVA na potrzeby projektu p.n. „Budowa i przebudowa infrastruktury dystrybucji energii elektrycznej 110/15 kV w wybranych powiatach Województwa Łódzkiego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 czerwca 2012 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2012/ S 106- 177059-2012

Pismem z dnia 6 sierpnia 2012 roku odwołujący - Polimex - Mostostal S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania na czynności i zaniechania zamawiającego polegające na:

1. przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dniu 26 lipca 2012 roku w sposób nieprawidłowy/wadliwy,
2. zaniechaniu uznania przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dniu 26 lipca 2012 roku w sposób nieprawidłowy i odmowy jej powtórzenia,
3. zaniechaniu unieważnienia aukcji elektronicznej z dnia 26 lipca 2012 roku.
4. zaniechaniu powtórzenia (ponownego przeprowadzenia) aukcji elektronicznej, w związku z jej wadliwym przeprowadzeniem w dniu 26 lipca 2012 roku.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 c ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91 c ust. 1 i 2 i ust. 5 w związku z art. 15 ust. 1 ustawy Pzp – przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, na skutek przeprowadzenia aukcji elektronicznej w sposób nieprawidłowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego lub po stronie platformy aukcyjnej a także przez niezapewnienie odpowiednio funkcjonującej platformy elektronicznej, z którą wszyscy wykonawcy drogą teleinformatyczną mogliby się połączyć w sposób bezpośredni i niezakłócony oraz składać postąpienia. Wskazał także na zaniechanie zamawiającego unieważnienia aukcji elektronicznej z dnia 26 lipca, zaniechanie jej powtórzenia, w związku z jej wadliwym przeprowadzeniem, co miało wpływ na wynik postępowania, bowiem uniemożliwiło odwołującemu skuteczne połączenie z platformą aukcyjną zamawiającego i złożenie najkorzystniejszego postąpienia, a w konsekwencji uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący, wskazując na powyższe naruszenia wniósł o:

1. uznanie aukcji elektronicznej, przeprowadzonej w dniu 26 lipca 2012 roku za przeprowadzoną w sposób nieprawidłowy / wadliwy i unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej przez zamawiającego w dniu 26 lipca 2012 roku,
2. ponowne przeprowadzenie (powtórzenie) aukcji elektronicznej w ramach przetargu, w uwzględnieniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sposób zapewniający odpowiednie funkcjonowanie platformy aukcyjnej, umożliwiającej wykonawcom możliwość bezpośredniego i niezakłóconego łączenia się z platformą elektroniczną zamawiającego drogą elektroniczną oraz składanie postąpień.

Na wypadek nieuwzględnienia wskazanych powyżej żądań, w tym żądania unieważnienia aukcji przeprowadzonej w dniu 26 lipca 2012 roku, w przypadku uznania, że zachodzą przesłanki do unieważnienia całego postępowania, odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia postępowania w całości na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wniósł także o zwrotu odwołującemu wpisu od odwołania według norm przepisanych

Z uwagi na to, że do dnia złożenia odwołania, zamawiający nie poinformował odwołującego o wynikach aukcji oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołujący jedynie z ostrożności, w razie gdyby w toku postępowania zamawiający dokonał tych czynności, wniósł odwołanie również od tych czynności, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący podniósł, że w dniu 23 lipca został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej. Odwołujący i jego pracownicy zatrudnieni w Zakładzie ZREW Oddział Transformatory wielokrotnie wcześniej brali udział w aukcjach elektronicznych, prowadzonych w trybie ustawy Pzp, wielokrotnie aukcje te kończyły się złożeniem przez odwołującego najkorzystniejszej oferty. Nigdy wcześniej nie miały miejsca po stronie odwołującego problemy z łączami internetowymi czy z urządzeniami informatycznymi, skutkujące problemami z połączeniem z platformą elektroniczną zamawiających, jak też ze sprzętem odwołującego, wykorzystywanym przy tego typu aukcjach. Normalną praktyką przy udziale w aukcjach elektronicznych jest także to, że oferty składane są w ostatnich momentach trwania takich aukcji, niekiedy nawet w ostatnich sekundach. Odwołujący wielokrotnie brał udział w aukcjach, gdzie jego oferta składana była w o wiele krótszym czasie przed zakończeniem aukcji i następowało skuteczne złożenie postąpienia. Składanie ofert (postąpień) w tak krótkim czasie od zakończenia aukcji nie jest

tylko domeną odwołującego, w praktyce bowiem większość aukcji elektronicznych rozstrzyga się w ostatnich chwilach przed ich zakończeniem.

Odwołujący wskazał również, że dysponował w pełni sprawnymi, zgodnym z wymogami Zamawiającego urządzeniami informatycznymi, zapewniającymi sprawny i bezproblemowy udział w aukcji elektronicznej w dniu 26 lipca 2012 roku.

Odwołujący podniósł, że w czasie trwania aukcji, na około 2 i pół minuty przed jej zakończeniem, przy próbie dokonania przez odwołującego postąpienia, na monitorze osoby obsługującej aukcję ze strony odwołującego (pana J..... Z.....) pojawił się komunikat o braku połączenia z konsolą zamawiającego. Komunikat ten pojawił się kilkakrotnie, a następnie strona uległa zawieszeniu. Po odzyskaniu połączenia z platformą elektroniczną zamawiającego okazało się, że aukcja zakończyła się a postąpienie dokonane przez odwołującego nie zostało zarejestrowane. Skutkowało to niedokonaniem przez Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, gdyż ze względu na to, że oferta odwołującego złożona w pierwszym etapie przedmiotowego postępowania zajęła pierwszą pozycję, istniało bardzo duże prawdopodobieństwo, że również po zakończeniu aukcji oferta złożona przez odwołującego będzie najkorzystniejsza.

Wskazał ponadto, że w trakcie trwania aukcji odwołujący kontaktował się z pracownikiem zamawiającego, panią D..... K..... (wskazaną przez Zamawiającego, jako osoba do kontaktu w trakcie trwania aukcji) w celu upewnienia się, czy oferta odwołującego nadal zajmuje pierwszą pozycję. Związane to było z tym, że panel operatorski dla wykonawców był mało precyzyjny, co powodowało niejasność co do aktualnej pozycji oferty odwołującego. Świadczy to o tym, że aukcja w ramach Przetargu nie była wystarczająco dobrze przygotowana z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, lub platformy elektronicznej. Wskazuje to także wyraźnie na dbałość odwołującego o zachowanie wszelkich wymogów ostrożności i należytej staranności w celu bieżącego wyjaśnienia wszelkich nieprawidłowości w funkcjonowaniu platformy elektronicznej i przebiegu aukcji.

Ponowna próba kontaktu telefonicznego z panią D..... K..... nastąpiła w momencie wystąpienia problemów z połączeniem z platformą zamawiającego. Ze względu jednak na to, że miało to miejsce tuż przed zakończeniem aukcji, okazało się, że połączenie telefoniczne z pracownikiem zamawiającego nastąpiło kilkanaście sekund po zakończeniu aukcji. W trakcie tej rozmowy pan J..... Z..... poinformował pracownika zamawiającego o nieprawidłowościach w funkcjonowaniu platformy oraz o tym, że na skutek tych nieprawidłowości nie mógł złożyć skutecznego postąpienia. Niezwłocznie także po odzyskaniu połączenia z platformą zamawiającego (26 lipca 2012 roku o godz. 10.36)

wysłany został przez pracownika Odwołującego - pana J..... Z..... mail z informacją o problemach z połączeniem z platformą elektroniczną Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że po tym zdarzeniu przeanalizował i sprawdził urządzenia informatyczne, służące do udziału w aukcji oraz połączenia internetowe i okazało się że były one sprawne i działały bez zarzutu. Nie było żadnych problemów z połączeniami internetowymi, co wskazuje że problem z połączeniem z platformą elektroniczną powstał po stronie zamawiającego lub jego platformy elektronicznej. Na dowód tego załączył wyciąg logów systemowych odwołującego.

W dniu 30 lipca odwołujący przesłał pismo do zamawiającego, w którym szczegółowo opisał problemy z połączeniem, wskazując, że problemy te powstały na skutek wadliwie działającej platformy elektronicznej zamawiającego. Odwołujący poprosił jednocześnie o dostarczenie logów z systemu zabezpieczającego połączenia użytkowników zewnętrznych z momentu przeprowadzenia aukcji oraz logów z systemu przetargowego. W piśmie tym odwołujący przekazał też wniosek o unieważnienie aukcji elektronicznej z dnia 26 lipca 2012 roku i ponowne jej przeprowadzenie. W odpowiedzi z dnia 31 lipca, zamawiający poinformował odwołującego, iż nie unieważni aukcji elektronicznej. Nie przekazał jednak do analizy logów zamawiającego, o które prosił odwołujący, ograniczając się jedynie do lakonicznego stwierdzenia, że w logach tych nie znalazł błędów.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przywołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swoje przystąpienie wykonawca Siemens Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

Izba dopuściła jako dowód w sprawie: dokumentację postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w tym: specyfikację istotnych warunków zamówienia, zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, pismo odwołującego z dnia 30 lipca i mail odwołującego z dnia 26 lipca 2012 roku a także Podręcznik Oferenta, opisujący procedurę przeprowadzenia aukcji, raporty aktywności wykonawców w toku aukcji elektronicznej złożone przez zamawiającego oraz złożony przez odwołującego wyciąg z logów systemowych odwołującego.

Na podstawie tych dowodów ustalono, że w pkt 6.3 siwz zamawiający przewidział wybór oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej, której zasady przeprowadzenia wraz z minimalnymi wymaganiami sprzętowymi opisał w załączniku nr 9 do siwz.

W dniu 23 lipca 2012 roku zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej trzech wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu:

1. Polimex - Mostostal S.A. z ceną brutto 13 394 700 zł,
2. Siemens Sp. z o.o. z ceną brutto 14 477 641, 20 zł,
3. Power Engineering S.A. z ceną brutto 15 079 800 zł.

Zamawiający wskazał, że aukcja elektroniczna będzie się odbywać według reguły zniżkowej aukcji dynamicznej, co oznacza że każda następna oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie miała wartość niższą od wartości oferty uprzednio złożonej przez wykonawcę. Parametrem licytowanym podczas aukcji jest łączna wartość netto oferty. Ponadto zamawiający ustalił, że minimalna wartość postępień składanych w toku aukcji elektronicznej wynosi 20 000 zł. Termin otwarcia aukcji został wyznaczony na 26 lipca 2012 roku godz. 10:00, podstawowy czas trwania aukcji to 20 minut plus ewentualne dogrywki. Dogrywka miała mieć miejsce w sytuacji, jeśli w ciągu ostatnich 5 minut czasu trwania aukcji zostanie złożona nowa oferta, wówczas aukcja miała zostać przedłużona od momentu złożenia nowej oferty o 5 minut plus liczba sekund dopełniająca rozpoczętą minutę, o ile nie padnie kolejna, przedłużająca ją oferta. Zamawiający w toku aukcji na bieżąco miał przekazywać każdemu wykonawcy informacje o pozycji złożonej przez niego oferty.

Zamawiający wskazał także na możliwość przetestowania aplikacji podczas aukcji testowej, wyznaczonej na dzień 25 lipca 2012 roku w godz. 11:00 - 13:00. Sposób obsługi platformy aukcyjnej zamawiający zawarł w przekazanym wykonawcom wraz z zaproszeniem Podręczniku oferenta.

W przeprowadzonej w dniu 25 lipca 2012 roku aukcji testowej wzięli udział wszyscy wykonawcy, w tym również odwołujący.

Aukcja docelowa rozpoczęła się dnia 26 lipca o godz. 10.00, zakończyła się o godz. 10.26 i została jednokrotnie przedłużona o kolejne 5 minut, na skutek złożenia przez wykonawcę Siemens Sp. z o.o. postąpienia w ciągu ostatnich 5 minut.

W trakcie trwania aukcji jedynie wykonawca Siemens Sp. z o.o. złożył trzy kolejne postąpienia o godz. 10:00:33, 10:19:40, 10:20:33. Pozostali, zaproszeni do udziału w aukcji wykonawcy byli zalogowani do systemu aukcyjnego, ale nie złożyli żadnego skutecznego postąpienia. Z raportu aktywności wykonawców wynika, że odwołujący otworzył konsolę aukcyjną o godz. 10:14:59, zalogował się do systemu aukcyjnego o godz. 10:15. Zamknięcie konsoli w odwołującego nastąpiło o godz. 12:12:43.

## **Odwołanie podlega oddaleniu.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący jako podmiot, biorący udział w postępowaniu legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawniającym go do złożenia odwołania. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego wskazanych w odwołaniu może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba oddaliła, zgłoszony przez zamawiającego wniosek o odrzucenie odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na brak przekazania zamawiającemu załączników do odwołania. Bezspornym między stronami jest, że otrzymana przez zamawiającego w dniu 6 sierpnia 2012 roku kopia odwołania nie zawierała enumeratywnie wymienionych na ostatniej stronie załączników. W ocenie Izby, okoliczność ta nie potwierdza jednak zaistnienia przesłanki określonej w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, bowiem zasadnicza treść odwołania, zawierająca minimalne wymogi formalne odwołania, enumeratywnie wymienione w § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280), została zamawiającemu doręczona w ustawowym terminie w sposób umożliwiający mu zapoznanie się z jej treścią. Zauważyć także należy, że większość załączników do odwołania była znana zamawiającemu i znajdowała się w jego posiadaniu (oferta odwołującego, odpis KRS odwołującego, siwz z załącznikami, ogłoszenie o zamówieniu, pisma zamawiającego z dnia 23 lipca oraz 31 lipca oraz pismo odwołującego z dnia 30 lipca i mail odwołującego). Natomiast wyciąg z logów systemowych odwołującego, będący załącznikiem do odwołania był jedynie jednym z dowodów przedstawionych przez odwołującego i nie stanowił on zasadniczej treści odwołania.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania, Izba stwierdziła przede wszystkim, że odwołujący na którym spoczywa ciężar udowodnienia faktu, z którego wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z art. 6 k.c. oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp nie udowodnił, że niemożliwość złożenia przez niego skutecznego postąpienia w toku aukcji elektronicznej nastąpiła w wyniku błędnego działania zamawiającego, uchybień technicznych leżących po stronie zamawiającego czy też na skutek niewłaściwie działającej platformy aukcyjnej, za którą zamawiający ponosi odpowiedzialność. Odwołujący nie udowodnił, że platforma aukcyjna zamawiającego działała w sposób nieprawidłowy czy też po stronie organizatora aukcji powstał błąd, który zakłócił jej przebieg i uniemożliwił złożenie odwołującemu skutecznego postąpienia. Przeciwnie, przeprowadzona rozprawa a w szczególności złożone



przez zamawiającego raporty aktywności wykonawców, biorących udział w aukcji elektronicznej z dnia 26 lipca 2012 roku dowodzą, że aukcja przebiegała w sposób niezakłócony i prawidłowy, odwołujący utrzymywał połączenie z platformą aukcyjną przez cały czas trwania aukcji, w toku której nie złożył żadnego postąpienia. Również pozostali wykonawcy, biorący udział w aukcji nie mieli żadnych problemów z dostępem do platformy aukcyjnej i złożeniem kolejnych postąpień (w przypadku przystępującego Siemens Sp. z o.o.). W raporcie aktywności wykonawców nie zanotowano żadnych uchybień w postaci zawieszenia systemu, utraty przez wykonawców połączenia z platformą aukcyjną zamawiającego. Okoliczność utrzymywania połączenia w czasie trwania aukcji, a w szczególności w godzinach 10:20 – 10:26 tj. w czasie kiedy odwołujący próbował złożyć postąpienie, potwierdza także wyciąg z logów systemowych odwołującego.

Odwołujący twierdził w trakcie rozprawy, że w toku aukcji elektronicznej nastąpiło zerwanie połączenia z konsolą oferenta, bowiem system wyświetlił komunikat „konsola straciła połączenie”. Możliwość zaistnienia tej sytuacji została wskazana przez zamawiającego na rysunku nr 15, strona 14 Podręcznika Oferenta SWPP System PGE Aukcje elektroniczne . Komunikat ten zgodnie z wyjaśnieniem zawartym w podręczniku oznacza, że połączenie mogło zostać utracone z powodu: utraty dostępu do Internetu albo chwilowego zawieszenia połączenia przez przeglądarkę internetową. Zaistnienie obu tych zdarzeń może nastąpić w normalnym toku trwania aukcji elektronicznej i nie jest ono wynikiem błędnie działającego systemu zamawiającego czy platformy, na której przeprowadzana jest aukcja elektroniczna. W konsekwencji zamawiający nie może ponosić odpowiedzialności za tego typu zdarzenia. Wykonawca, biorący udział w aukcji elektronicznej musi wziąć pod uwagę ryzyko ewentualnego wystąpienia takich zdarzeń jak: chwilowe zawieszenie połączenia przez przeglądarkę internetową czy utrata dostępu do Internetu i mając na uwadze możliwość wystąpienia tych okoliczności, musi zapewnić sobie odpowiedni czas na złożenie skutecznego postąpienia w toku aukcji.

Ponadto z wyjaśnień pełnomocnika odwołującego złożonych do protokołu rozprawy wynika, że zawieszenie systemu nastąpiło po zatwierdzeniu złożenia oferty ale przed złożeniem certyfikowanego podpisu elektronicznego, co oznacza że odwołujący nie złożył skutecznego postąpienia w toku aukcji elektronicznej a próba jego złożenia nie mogła być zarejestrowana przez zamawiającego.

Z powyższych względów, Izba uznała odwołanie za niezasadne.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), przyznając zamawiającemu koszty zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

**Przewodniczący:** .....