

Sygn. akt KIO/UZP 1353/10

POSTANOWIENIE
z dnia 13 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

**Członkowie: Justyna Tomkowska
Paweł Trojan**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 13 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Odwołującego - Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych "PEMUG" Spółka Akcyjna, 40-029 Katowice, ul. Reymonta 24** od rozstrzygnięcia przez **Zamawiającego - Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, tel. (032) 757 22 88, fax. (032) 757 20 27** protestu z dnia 9 czerwca 2010 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Górniczego „ROW-JAS” Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych "PEMUG" Spółka Akcyjna, 40-029 Katowice, ul. Reymonta 24** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Odwołującego - Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych "PEMUG" Spółka Akcyjna, 40-029 Katowice, ul. Reymonta 24,**

2) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Odwołującego - Przedsiębiorstwo Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych "PEMUG" Spółka Akcyjna, 40-029 Katowice, ul. Reymonta 24.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację transportu pionowego KW S.A. Oddział KWK „Chwałowice” poprzez: zakres nr 1: wydłużenie górniczego wyciągu szybowego w przedziale A szybu II zpoz. 550 m dopoz. 700 m wraz z udostępnieniem klatki wielofunkcyjnej napoz. 390m na podstawie posiadanej przez kopalnię dokumentacji technicznej zakres nr 2: wydłużenie górniczego wyciągu szybowego w przedziale B szybu II zpoz. 390 m dopoz. 550 m wraz z opracowaniem dokumentacji”.

W dniu 29 kwietnia 2010 roku Zamawiający zaprosił protestującego do udziału w aukcji elektronicznej, stanowiącej integralną część postępowania nr 200900129/1 dla powyższego zadania.

Przed rozpoczęciem aukcji oferta Odwołującego - Przedsiębiorstwa Montażu Konstrukcji Stalowych i Urządzeń Górniczych "PEMUG" Spółka Akcyjna, 40-029 Katowice, ul. Reymonta 24 była uznawana za najkorzystniejszą, stąd też zamierzał on czynnie uczestniczyć w aukcji.

W dniu 7 maja 2010 roku miała miejsce aukcja elektroniczna przeprowadzana przez Zamawiającego.

W tym samym dniu Wykonawcy zostali poinformowani o wynikach aukcji elektronicznej.

Natomiast w dniu 31 maja 2010 r. Odwołujący otrzymał stanowisko Zamawiającego o zbadaniu od strony technicznej prawidłowości aukcji i odmowie unieważnienia aukcji.

Według Odwołującego prowadzenie przedmiotowej aukcji uniemożliwiło Odwołującemu złożenie prawidłowej oferty.

Wobec powyższego Odwołujący w dniu 9 czerwca 2010r. wniósł do Zamawiającego protest wobec:

1. zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której był zobowiązany - powtórzenia aukcji elektronicznej w niniejszym postępowaniu,

2. zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której był zobowiązany - unieważnienia postępowania.

Powyższemu zaniechaniu Zamawiającego zarzucił on naruszenie:

a) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niedostateczne przygotowanie systemu umożliwiającego przeprowadzenie aukcji elektronicznej i tym samym uniemożliwienie protestującemu składania postąpień i niedostateczne informowanie o przebiegu postępowania.

b) art. 91c ust. 1 ustawy poprzez niezapewnienie wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, wprowadzenia niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną i uniemożliwienia składania kolejnych korzystniejszych postąpień, podlegających automatycznej ocenie i klasyfikacji.

c) innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia niniejszego protestu.

Wskazując na powyższe naruszenia przepisów prawa Odwołujący wnosił o uwzględnienie protestu i dokonanie przez Zamawiającego:

- 1) powtórzenia aukcji elektronicznej,
- 2) powtórzenia czynności zaproszenia wykonawców do udziałów w aukcji elektronicznej

Ewentualnie wnosił on o unieważnienie postępowania przetargowego.

Odwołujący podnosił, że z uwagi na brak możliwości składania przez niego postąpień poinformował on niezwłocznie Zamawiającego o zaistniałej sytuacji wskazując, że pomimo kilku prób zmiany ceny oferty system nie przyjął jego oferty (wyskakiwał komunikat „error details.“). W istocie zatem z uwagi na upływ 5 minut od poprzedniego postąpienia aukcja zakończyła się, zanim się na dobre rozpoczęła.

Dalej zarzucał Zamawiającemu, że w trakcie aukcji pozbawiony został możliwości dokonywania postąpień, zaś cena zaproponowana przez innego wykonawcę była zaledwie o złotówkę niższa, podczas gdy jak wynika z załącznika nr 1 do zaproszenia do składania ofert w aukcji elektronicznej, minimalne postąpienie mogło wynieść co najmniej 20.000 złotych. Odwołujący twierdził, że na dzień składania pisma z dnia 07 maja 2010 roku nie posiadał on wiedzy ani o przyczynach, dla których niemożliwe było udzielenie dalszego postąpienia, ani też nie posiadał wiedzy dlaczego oferta innego wykonawcy jest tańsza zaledwie o 1 złoty. Nie wiadomo było czy brak możliwości dokonania postąpienia wynikał z faktu, że oferta protestującego była najniższa, jako że postąpienie innego wykonawcy było niezgodne z warunkami aukcji (było niższe niż 20.000,00 złotych), czy też brak możliwości dokonania postąpienia przez protestującego wynikał z problemów technicznych leżących po stronie Kompanii Węglowej S.A.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie potrafiąc od razu rozstrzygnąć merytorycznych zarzutów dotyczących niewłaściwego funkcjonowania systemu

informatycznego przeprowadził analizę działania systemu aukcyjnego stwierdzając, że problemy techniczne nie leżały po stronie Zamawiającego.

Takie stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie, zdaniem Odwołującego, co ten gotów jest dowodzić w razie potrzeby także przed Krajową Izbą Odwoławczą z wykorzystaniem dowodu z zeznań świadków oraz dowodu opinii biegłego.

Zamawiający w istocie bowiem nie zbadał zasadności zarzutów odnośnie systemu aukcyjnego poprzestając wyłącznie na twierdzeniach operatora - TRAF e-biz Sp. z o.o. w Będzinie.

Odwołujący twierdził, że o okolicznościach stanowiących podstawę protestu powziął on wiedzę w dniu 31 maja 2010 roku to jest w dniu, w którym Zamawiający poinformował go o zbadaniu od strony technicznej prawidłowości aukcji i odmowy unieważnienia aukcji.

Pismem z dnia 15.06.2010r.przekazanym Odwołującemu w dniu 21.2010r.Zamawiający odrzucił przedmiotowy protest jako wniesiony po terminie.

Z powyższym rozstrzygnięciem protestu nie zgodził się Odwołujący i w dniu 28.06.2010r.wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień podtrzymując wnioski i zarzuty jak w proteście.

Dodatkowo Odwołujący wnosił o :

1) dopuszczenie dowodu z zeznań świadka Marka K. na okoliczność przebiegu aukcji elektronicznej, braku możliwości dokonywania dalszych postępień przez odwołującego, reakcji Zamawiającego, spełnienia przez Odwołującego wymogów technicznych Zamawiającego, niezbędnych do uczestnictwa w aukcji elektronicznej, a określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

2) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność spełnienia przez odwołującego wymogów technicznych Zamawiającego, niezbędnych do uczestnictwa w aukcji elektronicznej, a określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przebiegu aukcji elektronicznej, braku możliwości dokonywania dalszych postępień przez odwołującego, ustalenia czy wymogi techniczne Zamawiającego zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zapewniły bezpieczne przeprowadzenie aukcji elektronicznej bez jakichkolwiek przeszkód, a także ustalenie czy przeglądarka internetowa Internet Explorer 5.5 lub wyższa jest kompatybilna ze standardami aukcyjnymi zastosowanymi przez Zamawiającego, i czy jest możliwe przeprowadzenie aukcji bez oprogramowania typu Java.

3) dopuszczenie dowodu z oględzin (z udziałem świadka Marka K. oraz biegłego) sprzętu komputerowego oraz oprogramowania Odwołującego, za pomocą którego odwołujący uczestniczył w aukcji elektronicznej, na okoliczność przebiegu aukcji elektronicznej, braku możliwości dokonywania dalszych postępień przez odwołującego, reakcji Zamawiającego, spełnienia przez Odwołującego wymogów technicznych

Zamawiającego, niezbędnych do uczestnictwa w aukcji elektronicznej, a określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W dniu 12.07.2010r.zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - Przedsiębiorstwo Produkcyjno Górniczego „ROW-JAS” Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała, iż na tle opisanego wyżej stanu faktycznego zaistniały okoliczności uzasadniające odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art.180 ust.2 ustawy Pzp protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 7 dni. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią.

Z akt sprawy wynika, iż Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia w dniu 7 maja 2010r., tj. w dacie prowadzenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej. Izba uważa, że Odwołujący już w tej dacie posiadał interes prawny do wniesienia środka ochrony prawnej. Termin do wniesienia protestu w przedmiotowej sprawie upłynął zaś w dniu 17 maja 2010r. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że protest i odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów do wniesienia środków ochrony prawnej.

Jednocześnie Izba nie podziela poglądu Odwołującego o braku czynności ze strony Zamawiającego w czasie prowadzenia aukcji elektronicznej.

Ustawodawca przypisał zachowaniu Zamawiającego obowiązek wykonania określonych czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art.91c ust.3 ustawy Pzp. Stosownie do brzmienia powyższego przepisu w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty.

Nadto należy zauważyć, iż również podnoszone przez Odwołującego w środkach ochrony prawnej zarzuty zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności dotyczą w istocie okoliczności, które zaistniały w toku prowadzonej w dniu 7 maja 2010r. aukcji elektronicznej.

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

