

Sygn. akt KIO 1383/14

**WYROK**  
z dnia 22 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** **Magdalena Grabarczyk**  
**Emil Kawa**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant:** **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2014 r. przez Tessa Sp. z o.o. Sp. k. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie przy udziale BART Sp. z o.o. w Sosnowcu zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Tessa Sp. z o.o. Sp. k. w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Tessa Sp. z o.o. Sp. k. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Budowa instalacji podciśnieniowych w celu zmniejszenia zapylenia na układach nawęglania bloków nr 1-6 oraz kruszarkowni nr 1-3 z uwzględnieniem wymagań Dyrektyw ATEX”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 059-099984 z dnia 25 marca 2014 r.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

27 czerwca 2013 r. zamawiający rozstrzygnął postępowanie po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Wykonawca uczestniczący w aukcji - Tessa Sp. z o.o. Sp. k. w Krakowie - wniósł odwołanie 7 lipca 2014 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 a ust. 1, art. 91 b ust. 1 i 91 c Pzp przez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sposób nie zapewniający równego traktowania i uczciwej konkurencji, prowadzenie aukcji niezgodnie z regulaminem zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu,

oraz przeprowadzenie aukcji elektronicznej pomimo, że nie złożono trzech ofert niepodlegających odrzuceniu w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy EKO-PAR.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z: dokumentacji postępowania (w szczególności oferty wykonawcy EKO-PAR, treści SIWZ i wyjaśnień, wydruków skanów monitora oraz informacji o wyniku aukcji), wydruku historii logowań uczestników w trakcie aukcji z dnia 27 czerwca 2014 r. pobrany od operatora platformy aukcyjnej, opinii biegłego do spraw technicznych na okoliczność niemożności poprawienia oferty EKO-PAR przez zamawiającego i z opinii biegłego informatyka na okoliczność stwierdzenia, że przyczyny zawieszenia systemu w trakcie przeprowadzania aukcji elektronicznej nie leżały po stronie odwołującego, z zeznań świadków na okoliczność przebiegu aukcji elektronicznej w dniu 27 czerwca 2014 r., upływu czasu, problemów z utratą połączenia ze strony

zamawiającego lub platformy aukcyjnej oraz braku problemów w połączeniu z Internetem ze strony odwołującego. Żądał uwzględnienie odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej, unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, dokonania powtórnego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy E KO-PAR, dokonania wyboru oferty Odwołującego. Wnosił również o zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż odwołanie dotyczy przebiegu aukcji elektronicznej. W związku z tym 10 dniowy termin do wniesienia odwołania upływa i został dochowany.

Podnosił, że w toku aukcji wielokrotnie dochodziło do komplikacji technicznych utrudniających jej przebieg. Aukcja została kilkakrotnie wstrzymana. Zarzucał, że wstrzymanie aukcji, ale także inne problemy techniczne jak wylogowywanie z aukcji w momencie składania podpisu elektronicznego w związku z postąpieniami, nierejestrowanie przez program postąpienia odwołującego lub nie rejestrowanie postąpień niezwłocznie po ich dokonaniu, błędy skutkujące tym, że odwołujący niekiedy nie mógł zidentyfikować, czy postąpienia dokonuje względem własnej oferty, czy innego wykonawcy, uniemożliwiały odwołującemu swobodne i skuteczne składanie postąpień zgodnie z przyjętą wcześniej strategią składania postąpień. Odwołujący wyjaśniał, że nie mógł realizować przyjętej strategii udziału w aukcji, której celem było złożenie najkorzystniejszej oferty, w efekcie miał znacznie utrudniony udział w aukcji, co doprowadziło finalnie do tego, że złożona przez niego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą.

Zarzucił, że przebieg aukcji spowodowany był wyłącznie problemami technicznymi po stronie zamawiającego, a błędy te znane były zamawiającemu, który w rozmowach telefonicznych potwierdzał ich występowanie. Odwołujący podniósł, że przerwy w aukcji, które istotnie i w sposób sprzeczny z regulaminem aukcji (maksymalny okres przerw między postąpieniami to 5 minut) wydłużały okresy dla postąpień mogły też umożliwiać niektórym wykonawcom kontakt z podwykonawcami oraz dostawcami sprzętu celem dalszej negocjacji cen, co mogło zaburzać uczciwą konkurencję. Wywodził również, że , aukcja winna zostać zakończona po postąpieniu odwołującego o godz. 9:40:26, kiedy to po tym postąpieniu okres do następnego postąpienia przewyższał regulaminowe 5 minut.

Odwołujący zarzucił, że na przebieg aukcji, a tym samym jej wynik wpływ miało również zaproszenie do udziału w aukcji wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu. Podniósł, że udział dodatkowego podmiotu w aukcji zawsze zmienia jej przebieg, a w tym przypadku, gdyby zamawiający nie zaprosił wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu, to do aukcji w ogóle by nie doszło, gdyż liczba wówczas jedynie dwie oferty nie podlegałyby odrzuceniu.

Odwołujący wywodził, że oferta wykonawcy EKO-PAR była niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wbrew wymaganiom zawartym w pkt 2.2.5.3, pkt 2.2.5.3 ppkt 4d i pkt 2.2.5.3 ppkt 6d Programu Funkcjonalno-Użytkowego zaoferował on dostarczenie instalacji odkurzania z dmuchawą

produkowaną przez Atlas Copco, a producent ten nie produkuje dmuchaw z wymiennym (rozłącznym) wałem napędowym.

Wykonawca, który wygrał aukcję - BART Sp. z o.o. w Sosnowcu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o odrzucenie albo o oddalenie odwołania.

W czasie posiedzenia z udziałem stron zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i wskazał na niedopuszczalność badania zarzutów skierowanych wobec zaproszenia do aukcji.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną i uczestniczył w aukcji elektronicznej, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości wygrania aukcji.

Odwołanie nie podlega odrzuceniu.

Izba skonstatowała, że w istocie odwołujący kwestionuje dwie niezależne czynności zamawiającego – czynność zaproszenia do udziału w aukcji w związku ze skierowaniem go do wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, oraz czynność przeprowadzenia aukcji.

Zarzuty skierowane wobec przebiegu aukcji elektronicznej tj. przeprowadzenia aukcji elektronicznej w sposób nie zapewniający równego traktowania i uczciwej konkurencji i niezgodnie z regulaminem wywodzone przez odwołującego z wadliwego i zawinionego przez zamawiającego działania platformy aukcyjnej zostały wniesione w terminie przewidzianym ustawą i podlegają rozpoznaniu. Natomiast zarzuty podniesione wobec zaproszenia do udziału w aukcji EKO-PAR i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zostały podniesione z uchybieniem terminu przewidzianego ustawą.

Czynność zaproszenia do udziału w aukcji należy do katalogu czynności, o których zamawiający przesyła informację wykonawcom zaproszonym do udziału w aukcji, zatem termin na wnoszenie odwołania wobec tej czynności podlega ustaleniu na podstawie art. 182

ust. 1 pkt 1 Pzp. Z art. 91a ust. 1 oraz art. 92b ust. 1 Pzp wynika, że zaproszenie może być skierowane do wykonawców, którzy złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu, jeśli jest ich co najmniej trzech. Zatem mimo, że przepisy ustawy nie nakazują zamawiającemu podania w zaproszeniu informacji o wszystkich wykonawcach, którzy otrzymali zaproszenie, sam fakt przesłania zaproszenia potwierdza zakończenie badania ofert i oznacza, że co najmniej trzy ze złożonych ofert nie podlega odrzuceniu. Skoro zatem odwołujący powziął wiedzę, że zamawiający nie odrzucił co najmniej trzech ofert, jego rzeczą było ustalenie w terminie ustawowym, czy nastąpiło to zgodnie z ustawą.

Nie przemawia na korzyść odwołującego, że przepisy ustawy nie nakładają na wykonawców obowiązku zapoznania się z ofertami konkurentów. Dostrzec wszak trzeba, że to od należytej staranności wykonawcy, jego znajomości prawa i zapobiegliwości zależy przygotowanie niewadliwej i korzystnej oferty oraz dążenie, by oferta ta mogła być wybrana jako najkorzystniejsza. Miarą należytej staranności wymaganej od profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych jest powzięcie wiadomości umożliwiających podnoszenie zarzutów w związku z ofertami konkurentów w terminach przewidzianych ustawą, co nie powinno rodzić zasadniczych trudności wobec nakazanej przez art. 86 i art. 96 ust. 3 Pzp jawności ofert już od chwili ich otwarcia.

Zgodnie z art. 91b ust. 3 Pzp termin otwarcia aukcji nie może być krótszy niż 2 dni robocze od przekazania zaproszenia do udziału w aukcji. Zarzuty zaproszenia do udziału w aukcji wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu zostały podniesione w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania wobec czynności przeprowadzenia aukcji, zatem po upływie terminu na kwestionowanie czynności zaproszenia.

Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłyby do przedłużenia terminu do podnoszenia zarzutów ponad 10- dniowy termin wynikający z przepisów ustawy. Tymczasem terminy wyznaczone ustawą na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów.

Po zbadaniu zarzutów podlegających rozpoznaniu Izba zważyła, że odwołanie jest bezzasadne.

Izba ustaliła, że aukcja elektroniczna rozpoczęła się 27 czerwca 2014 r. o godz. 9:00 i z powodu problemów z serwerem została czasowo wstrzymana o godz. 9:15, o czym uczestnicy aukcji zostali powiadomieni na panelu operatorskim aukcji oraz telefonicznie. Po przekazaniu stosownej informacji zamawiający wznowił aukcję, która trwała do godziny 9:44, kiedy to wobec ponownego wystąpienia problemów aukcja została wstrzymana. Ostatnie

postąpienie przed wstrzymaniem aukcji nastąpiło o godz. 9:41:03. Dalsze postąpienia miały miejsce od godziny 10:15 do godziny 12:15, w okresie tym dokonano 53 postąpień.

O braku możliwości złożenia podpisu (błąd 500) odwołujący poinformował zamawiającego jeden raz o godz. 9:39. Odwołujący każdorazowo po wznowieniu aukcji był pierwszym licytującym i ani razu nie zbijał własnej ceny wskazanej w poprzednim postąpieniu, lecz cenę oferty konkurenta. O godz. 12:09 odwołujący skierował do zamawiającego podziękowanie za przeprowadzenie aukcji wraz z prośbą o przekazanie gratulacji zwycięzcy.

Przywołane okoliczności faktyczne wynikające z zapisów czatu aukcyjnego oraz historii aukcji (wydruki z platformy aukcyjnej zamawiającego, kopie w aktach sprawy) nie są sporne między stronami. Niesporne są również okoliczności podnoszone przez zamawiającego i znajdujące potwierdzenie w dokumentacji postępowania, że po zakończeniu aukcji odwołujący nie sygnalizował problemów z działaniem platformy aukcyjnej, ani nie podnosił zastrzeżeń wobec przebiegu aukcji, natomiast potwierdził końcową cenę swojej oferty wskazaną w aukcji elektronicznej.

Izba zważyła, że z powołane dokumenty nie uzasadniają tezy odwołującego, że przerwy w toku aukcji wynikały z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i miały wpływ na sposób uczestnictwa odwołującego w aukcji.

Izba nie dopatrzyła się powodów, dla których dwukrotne przerwanie aukcji uniemożliwiło odwołującemu prawidłowe uczestnictwo w aukcji.

Nie można pominąć, że w przypadku podnoszenia zarzutów wobec przebiegu aukcji, to na odwołującym spoczywa ciężar dowodu. Niezbędnym wywiązaniem się z tej powinności jest wykazanie, że opisane przez zamawiającego w pkt 18 ust. 2 lit. c) SIWZ wymagania techniczne stawiane uczestnikom aukcji zostały przez odwołującego spełnione, a w toku aukcji sprzęt, oprogramowanie i łącza odwołującego były sprawne. Odwołujący tego nie wykazał, zatem brak jest podstaw do przyjęcia, że podnoszone w odwołaniu problemy techniczne (wylogowanie z aukcji w momencie składania podpisu elektronicznego w związku z postąpieniami, nierejestrowanie przez program postąpienia odwołującego, brak możliwości identyfikacji, czy postąpienia nie są dokonane względem własnej oferty) obciążają zamawiającego i nie nastąpiły z przyczyn leżących po stronie odwołującego.

Nie jest też powinnością zamawiającego umożliwienie wszystkim uczestnikom aukcji realizacji zakładanej strategii udziału w aukcji, ani takie prowadzenie aukcji, by w jej toku wykonawcy mogli kontaktować się z podwykonawcami oraz dostawcami sprzętu. Te kwestie leżą w wyłącznej domenie wykonawcy, który winien przygotować się do udziału w aukcji w sposób należyty, co oznacza również ustalenie granicy, do której może dokonywać postąpień.

Nie potwierdził się też zarzut, jakoby przerwy między postąpieniami wbrew wymaganiu pkt 18 ust. 2 lit. e) SIWZ wynosiły dłużej niż 5 minut, skoro przed upływem tego czasu aukcja była

wstrzymana przez zamawiającego, a po jej wznowieniu postąpienia były składane w wymaganych odstępach czasu aż do zakończenia aukcji.

Do uwzględnienia odwołania niezbędne jest, po pierwsze: stwierdzenie naruszenia przepisu ustawy, po drugie: ustalenie wpływu naruszenia prawa na wynik postępowania. Wpływ ten nie może być oparty jedynie na hipotezach wykonawcy. Między naruszeniem przepisu a wpływem tego naruszenia na wynik postępowania musi istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Przekazywanie przez zamawiającego informacji drogą telefoniczną nie było objęte zarzutami odwołania. Izba uznała nadto, że same przypuszczenia odwołującego o wpływie tych zdarzeń zaistniałych w czasie aukcji na jej wynik nie mogą być podstawą uwzględnienia odwołania.

Izba nie dopuściła dowodu z opinii biegłego – informatyka. Obecnie biegły mógłby zbadać wyłącznie stan platformy aukcyjnej po przeprowadzeniu aukcji, zatem jego ocena nie odnosiłaby się do spornych okoliczności faktycznych i w konsekwencji dowód ten prowadziłby jedynie do przewlekłości postępowania. Nie dopuszczono również dowodu z zeznań świadków. Okoliczności mające znaczenie dla rozstrzygnięcia wynikają ze złożonych dokumentów. Ponadto osoby zgłoszone w charakterze świadków uczestniczyły w rozprawie jako pełnomocnicy, mogli zatem składać oświadczenia w imieniu strony. Nie można też pominąć, że był im wiadomy przebieg rozprawy, dotychczas złożone oświadczenia i dowody.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.  
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....