

Sygn. akt: KIO 400/16

POSTANOWIENIE
z dnia 30 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego **w dniu 30 marca 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **w dniu 18 marca 2016 r.** przez wykonawcę **FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanie Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od **FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Dzierżawę kombajnu ścianowego oraz nurnikowego zestawu pompowego wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy do ścian 205 i 311 w pokładzie 206 dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK „Ziemowit”, zadanie nr 1 „Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KW S.A. Oddział KWK „Ziemowit” oraz Zadanie nr 2 „Dzierżawa nurnikowego zestawu pompowego wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KW S.A. Oddział KWK „Ziemowit” - znak sprawy: 141500792, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 231-420784 z 28.11.2015 r., przez Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice zwaną dalej: *„Zamawiającym”*.*

W dniu 09.02.2016 r. o godz. 9:00 nastąpiło otwarcie aukcji elektronicznej. W dniu 10.02.2016 r. /pismo z 09.02.2016 r./ (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice zwany dalej: *„FAMUR S.A.”* albo *„Odwołującym”* złożył do Zamawiającego wniosek o unieważnienie aukcji elektronicznej i jej ponowne przeprowadzenie. W dniu 12.02.2016 r. /e-mailem/ (pismo z 10.02.2016 r.) Zamawiający poinformował o wynikach aukcji elektronicznej. W dniu 16.02.2016 r. (faxem) Zamawiający odpowiedział na pismo FAMUR S.A. otrzymane 10.02.2016 r.

W dniu 08.03.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. dla zadania 1 firmy – Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne MASZYNY GÓRNICZE Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 89, 41-800 Zabrze zwane dalej: *„Zabrzeńskie Zakłady Mechaniczne MASZYNY GÓRNICZE Sp. z o.o.”*.

W dniu 18.03.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice wniosła odwołanie na m.in. w/w czynność z 08.03.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 17.03.2016 r. (odbiór osobisty w siedzibie Zamawiającego). Wskazał, że odwołanie wniesiono od:

1. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. czynność badania i oceny ofert,
3. czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej bez udziału Odwołującego,
4. zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej przeprowadzonej w ramach Zadania nr 1 w dniu 09.02.2016 r. o godzinie 9:00.

Wskazanym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, zarzucił naruszenie:

- art. 91b ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez nie zaproszenie Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu ani wykluczeniu, a następnie przeprowadzenie aukcji elektronicznej w dniu 09.02.2016 r. o godz. 9:00 bez udziału Odwołującego i bez jego zaproszenia do aukcji. W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zadania nr 1,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie badania i oceny ofert w ramach zadania nr 1,
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ramach zadaniami,
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej w ramach zadania nr 1,
6. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia aukcji elektronicznej w ramach zadania nr 1,
7. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Przedmiot zamówienia podzielony został na dwa zadania: Zadanie nr 1 - Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KW S.A. Oddział KWK „Ziemowit”. Zadanie nr 2 - Dzierżawa nurnikowego zestawu pompowego wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KW S.A. Oddział KWK „Ziemowit”. W pkt VII SIWZ Zamawiający przewidział, iż w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzi aukcję elektroniczną jeżeli w postępowaniu zostaną złożone co najmniej trzy oferty nie podlegające odrzuceniu. W dniu 04.02.2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego wysyłając drogą elektroniczną (mailem) zaproszenie do aukcji elektronicznej w ramach „Zadania nr 1 „Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla KW S.A. Oddział KWK „Ziemowit” dla ścian 205 i 311. Aukcja została wyznaczona na dzień 09.02.2016 r. na godzinę 9:00.

W wiadomości mailowej z 04.02.2016 r. zostały zamieszczone także loginy do portalu dla pracowników: A.S. oraz A.W.. Zgodnie z treścią maila, osoby te zobowiązane były do

potwierdzenia otrzymania informacji o aukcji elektronicznej poprzez kliknięcie na link zamieszczony w wiadomości. W informacji mailowej została również umieszczona informacja oznaczona jako „Ważne!” o treści „*Uprzejmie prosimy o niezwłoczne zalogowanie się do Portalu w celu potwierdzenia otrzymania zaproszenia do wzięcia udziału w aukcji (...)*”. Pracownik Odwołującego, A.S. dokonał w dniu 04.02.2016 r. godz. 13:09 logowania w portalu zgodnie z instrukcją zamieszczoną w wiadomości mailowej i otrzymał informację „*Twój udział w aukcji elektronicznej został potwierdzony*”.

Następnie w dniu 05.02.2016 r. o godzinie 7:23 Odwołujący otrzymał drogą mailową informację o wycofaniu akcji AUK/14/JMW 2/2016/0002 wyznaczonej na dzień 09.02.2016 r. na godz. 9:00. W związku z otrzymaniem powyższej informacji o wycofaniu aukcji, Odwołujący nie wziął udziału w aukcji, będąc przekonany, że aukcja w ogóle się nie odbyła.

W dniu 09.02.2016 r., w godzinach popołudniowych Odwołujący powziął nieoficjalną informację o tym, że w tym dniu, wbrew otrzymanej od Zamawiającego informacji, aukcja została przeprowadzona. W związku z tym, w tym samym dniu Odwołujący wystosował pismo do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji. W dniu 12.02.2016 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wynikach aukcji elektronicznej, w której wskazano, że aukcja została przeprowadzona w dniu 09.02.2016 r.

Z kolei, w dniu 16.02.2016 r. Odwołujący otrzymał odpowiedź Zamawiającego na pismo z 09.02.2016 r., z której wynika że w dniu 05.02.2016 r. o godz. 7:19 zostało wysłane do Odwołującego zaproszenie do udziału w aukcji. W załączeniu do pisma została przesłana także treść wiadomości mailowej z 05.02.2016 r. z godziny 7:19. Wiadomości tej Odwołujący nigdy nie otrzymał. Wobec powyższego, należy podkreślić, że w przesłanej jako załącznik do pisma z dnia 16.02.2016 r. wiadomości mailowej z 05.02.2016 r. z godz. 7:19 zamieszczono informację: „*W celu potwierdzenia otrzymania informacji o aukcji elektronicznej prosimy o kliknięcie na poniższy link*” oraz „*Uprzejmie prosimy o niezwłoczne zalogowanie się do Portalu w celu potwierdzenia otrzymania zaproszenia do wzięcia udziału w aukcji*”. Pomimo zamieszczenia w wiadomości mailowej dwukrotnie informacji o konieczności potwierdzenia otrzymania wiadomości, Odwołujący nie dokonał żadnego potwierdzenia jej otrzymania, gdyż nigdy jej nie otrzymał. Zwrócił także uwagę na fakt, że w pkt VII SIWZ Zamawiający opisał warunki i zasady przeprowadzenia aukcji elektronicznej. W punkcie VII.4 SIWZ zamieszczono postanowienie „*Wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji Wykonawców:*
a. Wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu zostaną dopuszczeni do aukcji i otrzymają od Zamawiającego wraz z zaproszeniem poufne identyfikatory,
e. Fakt otrzymania drogą elektroniczną zaproszeń Wykonawcy potwierdzają Zamawiającemu niezwłocznie na adres e-mail: d.a.@kwsa.pl”.

Odwołujący nigdy nie potwierdził zgodnie z wymaganiami SIWZ otrzymania zaproszenia do aukcji innego niż to, które otrzymał w dniu

04.02.2016 r., a które zostało następnie anulowane mailem z 05.02.2016 r. z godziny 7:23. Wobec powyższego, wbrew obowiązki wynikającemu z art. 91b ust. 1 Pzp, Zamawiający nie zaprosił Odwołującego do aukcji elektronicznej, którą przeprowadził w dniu 09.02.2016 r. o godz. 9:00.

Zamawiający w dniu 18.03.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Izba podnosi, że zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust.1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Nadto, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną. W myśl art. 91a ust. 1 Pzp jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem Zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zaś zgodnie z art. 91b ust. 1 Pzp, Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

W ocenie Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym, czynność zakwalifikowania wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej lub braku takiego zaproszenia jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. W takim przypadku odwołanie -

zgodnie ze wskazanym przepisem - 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.

Podobnie należy wskazać przykładowo, że z przepisu jednoznacznie wynika, że Zamawiający obowiązany jest dokonać oceny ofert przed zaproszeniem wybranych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, w tym ustalić, czy złożone przez wykonawców oferty nie podlegają odrzuceniu. Zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że Zamawiający ustalił, że oferty wybranych wykonawców nie podlegają odrzuceniu. Wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert i w ocenie Izby od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty. (podobnie w postanowieniu KIO z 07.05.2012 r., sygn. akt: KIO 610/12, czy też w postanowieniach z 22.02.2012 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 271/12, KIO 299/12).

W przedmiotowych okolicznościach o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej bez Odwołującego zainteresowany dowiedział się, jak stwierdził w odwołaniu nieoficjalnie w dniu 09.02.2016 r. (pismo z tej daty wpłynęło do Zamawiającego 10.02.2016 r.), a ostatecznie na skutek przekazanej przez Zamawiającego w dniu 12.02.2016 r. (e-mailem) /pisma z 10.02.2016 r./ informacji o wynikach aukcji elektronicznej. Izba stoi na stanowisku, że najpóźniej od dnia 12.02.2016 r. należy liczyć rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania Zamawiającego zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej. Należy bowiem uznać, że do tego de facto sprowadza się kwestionowanie w odwołaniu skuteczności przekazania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, która rozpoczęła się 09.02.2016 r. o godz. 9:00. W konsekwencji termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 22.02.2016 r. Można nawet uznać, że korespondencja pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym pismo z 09.02.2016 r., odpowiedź Zamawiającego z 16.02.2016 r. stanowi quasi postępowanie odwoławcze, co dodatkowo potwierdza zasadność odrzucenia odwołania. W rezultacie powyższe odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO - w dniu 18.03.2016 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 18.03.2016 r., a nie do 22.02.2016 r., jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze Pzp oraz § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....