Sygn. akt: KIO 1787/17

WYROK
z dnia 5 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia br. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa spółka akcyjna w Lubinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Jastrzębską Spółkę Węglową spółkę akcyjną w Jastrzębiu Zdroju

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Górnicze ROW-JAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu Zdroju i Kopex PBSz spółka akcyjna w Tarnowskich Górach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa spółka akcyjna w Lubinie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa spółka akcyjna w Lubinie tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowy Kopalń PeBeKa spółka akcyjna w Lubinie na rzecz zamawiającego - Jastrzębskiej Spółki Węglowej spółki akcyjnej w Jastrzębiu Zdroju 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 (Dz. U. z 2017, poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1787/17

Uzasadnienie

I. Jastrzębska Spółka Węglowa spółka akcyjna w Jastrzębiu Zdroju (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Pogłębianie szybu IV JSW S.A. KWK „Pniówek” do głębokości 856 m wraz z wykonaniem wlotów szybowych”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 28 sierpnia br. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa spółka akcyjna w Lubinie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie ,,art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 c ust. 1 PZP, poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sposób sprzeczny z zasadami, to znaczy zarejestrowanie przez platformę

elektroniczną wykorzystaną w niniejszym postępowaniu postąpień Odwołującego złożonych w czasie trwania aukcji elektronicznej z przyczyn zależnych od Zamawiającego".

Tak sformułowany zarzut Odwołujący uzasadniał w następujący sposób:

Odwołujący złożył ważną ofertę w Postępowaniu proponując za wykonanie zamówienie publicznego cenę w wysokości 67 825 152,00 zł brutto. Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2017 r. przesłał na adres mailowy pebeka@pebeka.com.pl zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. Termin aukcji wyznaczono na dzień 17 sierpnia, godzinę 9.00. Odwołujący opisywał własne przygotowania do uczestnictwa w aukcji elektronicznej. W dniu 16 sierpnia 2017 r. Dyrektor ds. Handlowych Odwołującego - Pan T.J. dokonał sprawdzenia poprawności działania podpisu elektronicznego oraz zarejestrował się na platformie Logintrade.NET. Proces rejestracji przebiegł poprawnie, bez zgłaszania przez platformę Logintrade.NET jakichkolwiek błędów. W dniu 17 sierpnia 2017 r. na godz. 8.50 wyznaczony został termin fakultatywnej aukcji testowej. Aby sprawdzić poprawność logowania Pan T.J. ponownie zalogował się do platformy Logintrade.NET o godzinie 8.37, jednak aukcja dotycząca Postępowania nie była widoczna. Pan T.J. wykonał telefon pod wskazany w zaproszeniu do aukcji numer telefonu 71 787 37 27 i uzyskał od Pani D.J. informację, że powinien zalogować się przy użyciu firmowego adresu e-mail, czyli pebeka@pebeka.com.pl. Niezwłocznie przeprowadzona została ponowna rejestracja nowego użytkownika. O godz. 8.51 wpłynęła informacja od administratora platformy Logintrade.NET zatwierdzająca rejestrację użytkownika. Po dokonaniu stosownej zmiany przedstawiciel Odwołującego - T.J. podjął kolejną, próbę zalogowanie się do platformy

Logintrade.NET, tym razem udaną. Próbna aukcja była widoczna jednak okazało się, że system nie funkcjonuje poprawnie i Odwołujący nie może poprawnie wpisać kwoty postąpienia. Należy podkreślić, że w tym czasie przedstawiciel Odwołującego cały czas prowadził rozmowę telefoniczną z Panią D.J. z Logintrade.NET. Z informacji głosowej uzyskanej z infolinii wynika, że rozmowy te były nagrywane. Następnie, Pan T.J. zmienił stanowisko pracy i zalogował się do platformy Logintrade.NET przy wykorzystaniu innego komputera. Problem jednak występował nadal, a kolejne próby wprowadzenia kwoty oferowanej w aukcji nie były przyjmowane i postąpienia Odwołującego nie były rejestrowane. Kontakt z pomocą techniczną Logintrade.NET nie odnosił skutku i mimo obietnic nikt ze strony pomocy technicznej Logintrade.NET nie oddzwonił. Ostatecznie aukcja elektroniczna zakończyła się bez możliwości złożenia jakiegokolwiek postąpienia przez Odwołującego, pomimo że, jak twierdził Odwołujący, jego przedstawiciel był prawidłowo załogowany do platformy Logintrade.NET i widział przebieg aukcji, w tym kolejne postąpienia jej uczestników. Odwołujący podnosił, że awaria platformy Logintrade.NET została niezwłocznie zgłoszona Zamawiającemu na piśmie wraz z wnioskiem o wznowienie aukcji zgodnie z art. 91 d ust. 1 Prawa zamówień publicznych, lecz pozostała bez odpowiedzi ze strony Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie aukcji elektronicznej i jej powtórzenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Górnicze ROW-JAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu Zdroju i Kopex PBSz spółka akcyjna w Tarnowskich Górach, których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Wobec braku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych. Skoro Zamawiający przewidział prowadzenie aukcji elektronicznej, to Odwołujący mógłby hipotetycznie w niej uczestniczyć w taki sposób, że złożyłby ofertę z najniższą ceną.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucał naruszenie ,,art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 c ust. 1 PZP, poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sposób sprzeczny z zasadami, to znaczy zarejestrowanie przez platformę elektroniczną wykorzystaną w niniejszym postępowaniu postąpień Odwołującego złożonych w czasie trwania aukcji elektronicznej z przyczyn zależnych od Zamawiającego". Z opisu podstaw faktycznych wskazywanych naruszeń można wywieść, że zasadniczym zarzutem odwołania było, iż zdaniem Odwołującego wystąpił błąd po stronie Zamawiającego (operatora platformy elektronicznej), a nie po stronie Odwołującego, u którego wszystko działało sprawnie. Dlatego zdaniem Odwołującego aukcja powinna zostać powtórzona.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący i Przystępujący złożyli ofertę w postępowaniu, w którym Zamawiający przewidział aukcję elektroniczną. Odwołujący i Przystępujący otrzymali zaproszenie do aukcji w dniu 10 sierpnia 2017 r. Otrzymali również instrukcję od operatora platformy, na której miała być przeprowadzona aukcja.

W instrukcji wskazano, że ,,rejestracja MUSI zostać dokonana na adres e-mail, na który ostało przesłane zaproszenie". Opisano wymagania co do oprogramowania.
W instrukcji przewidziano obowiązek przeprowadzenia aukcji testowej. Wyjaśniono, że aukcja testowa trwa 10 minut, można ją rozegrać dowolną ilość razy. Przystępujący obowiązek przeprowadzenia aukcji testowej wykonał tydzień przed rozpoczęciem aukcji właściwej. Odwołujący przystąpił do wykonywania aukcji testowej na mniej, niż pół godziny do rozpoczęcia aukcji właściwej. Aukcja testowa Odwołującego nie zakończyła się powodzeniem, wystąpiły podczas niej problemy. M.in. okazało się, że używa niewłaściwego adresu e-mail, korzysta z niewłaściwej przeglądarki internetowej – Mozilli Firefox zamiast Internet Explorera (Zamawiający opisał warunki prowadzenia aukcji już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, następnie wykonawcy otrzymali szczegółową instrukcję od operatora aukcji), w przeglądarce nie zaktualizowano wtyczki Java. Odwołujący powoływał dowody, m.in. sporządzoną przez siebie (pana J.K., Starszego Specjalisty – Administratora Stacji Roboczych) notatkę służbową, z której wynikało, że pracownik Odwołującego wezwał informatyka, który pojawił się u niego po godzinie 9.00, i stwierdził, że na ekranie przeglądarki Internet Explorer pojawił się komunikat o konieczności aktualizacji apletu Java. Ponieważ ,,w okienku istniała możliwość wybrania wariantu pracy bez aktualizacji", informatyk wybrał ten wariant. Z dalszego opisu aukcji wynika, że pracownik Odwołującego

widział postąpienia dokonywane w trakcie aukcji, natomiast sam nie mógł skutecznie wpisywać postąpień.

Odwołujący wnioskował o przeprowadzenie dowodów m.in.
- z zeznań świadków: T.J., R.B. i K.K. (wezwania na adres korespondencyjny Odwołującego), na okoliczność wszystkich czynności podjętych przez Odwołującego w związku z udziałem w aukcji elektronicznej, wadliwego działania platformy aukcyjnej Zamawiającego i braku reakcji na zgłoszenia dokonywane przez Odwołującego,
- zobowiązanie Zamawiającego lub Logintrade S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Braniborska 2/10 (operator platformy), do przesłania raportu czasowego wykonywania operacji w przedmiotowej aukcji i przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu na okoliczność braku składania postąpień przez Odwołującego,
- zobowiązanie Logintrade S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Braniborska 2/10 do dostarczenia nagrań z przychodzących rozmów telefonicznych na numer + 48 71 787 37 27 w dniu 17 sierpnia 2017 r. z numerów telefonicznych Odwołującego,

- opinii biegłego na okoliczność ,,przebadania komputera, na którym była prowadzona aukcja".

Izba oddaliła te wnioski dowodowe, ponieważ zgromadzony do zamknięcia rozprawy materiał dowodowy pozwalał na rozstrzygnięcie sprawy. Przedstawione dowody oraz oświadczenia Odwołującego były spójne z dowodami przedłożonymi przez Zamawiającego i wynikało z nich, że Odwołujący nie zweryfikował skutecznie, mimo takiego obowiązku,

posiadanego sprzętu i oprogramowania pod kątem efektywnego udziału w aukcji elektronicznej, tj. z odpowiednim wyprzedzeniem nie przeprowadził aukcji testowej.

Odwołujący podnosił, że oświadczenie operatora aukcji, iż po stronie platformy aukcyjnej nie stwierdzono problemów technicznych ,,nie polega na prawdzie", jednak ze złożonych przez niego oświadczeń wynika, że to u Odwołującego wystąpiły niedopatrzenia, skutkujące niemożnością wzięcia udziału w aukcji.

I tak:

- Odwołujący korzystał z niewłaściwego adresu e-mail, co podawał sam w odwołaniu (rejestracja konieczna do udziału w aukcji miała nastąpić z adresu e-mail, na który posłano zaproszenie, co wynikało z pierwszego zdania instrukcji),

- Odwołujący korzystał z niewłaściwej przeglądarki internetowej i nie miał zaktualizowanego środowiska Java, zignorował komunikat o konieczności aktualizacji i próbował korzystać z platformy aukcyjnej bez aktualizacji (wynika to z notatki służbowej przedłożonej przez Odwołującego z dnia 4 września 2017 r.),
- Odwołujący w odpowiednim czasie nie przeprowadził aukcji testowej – z opisu przygotowań do aukcji wynika, że aukcji testowej nie przeprowadzono przed godziną 9.00 w dniu 17 sierpnia 2017 r.

Odwołujący powołując się na powyższe okoliczności, nie wnioskował o przeprowadzenie żadnych dowodów, które miałyby wskazywać, że doszło do awarii sytemu, na którym była prowadzona aukcja. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, na okoliczność, że jego sprzęt działał poprawnie – ale już z opisu podanego przez samego Odwołującego wynika, że Odwołujący co najmniej niewłaściwie z niego korzystał. Odwołujący nie argumentował również, że otrzymał zaproszenie do aukcji oraz instrukcję w takim czasie, że przeprowadzenie skutecznej weryfikacji oprogramowania w drodze aukcji testowej nie było możliwe.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 c ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a zgodnie z ust. 3, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Przepis art. 91c ust. 1 Prawa zamówień publicznych wskazuje, iż 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. Odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszeń przywołanych w odwołaniu przepisów. W ocenie składu orzekającego również dowody wnioskowane przez Odwołującego nie zmierzały do ustaleń naruszeń powyższych przepisów.

Sam Odwołujący podał, że nie zarejestrował się z użyciem prawidłowego adresu e-mail, a po poprawnej powtórnej rejestracji (,,O godz. 8.51 wpłynęła informacja od administratora platformy Logintrade.NET zatwierdzająca rejestrację użytkownika", strona 3

odwołania) nie wykonał obowiązku przeprowadzenia aukcji testowej przed rozpoczęciem aukcji właściwej (zgodnie z instrukcją, aukcja testowa była obowiązkowa, czas jej trwania określono na 10 minut, można było ją rozegrać dowolną ilość razy). Powyższe działania Odwołującego nie uzasadniają konieczności powtórzenia aukcji.

W tych okolicznościach Izba nie znalazła podstaw uwzględnienia odwołania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 b Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Przewodniczący:

……