**Sygn. akt: KIO 2720/12**

**WYROK**
**z dnia 20 grudnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2012 r. przez **odwołującego** – **Minova Ekochem S.A, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10,** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** – **Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P…….. i Wspólnicy A…….. K…….… Sp. j., Schaum-Chemie Mikołów Sp. z o.o., 41-800 Zabrze,**
**ul. Dąbrowskiego 2,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – **Minova Ekochem S.A., 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10,** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - **Minova Ekochem S.A., 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10,** tytułem wpisu od odwołania,



---

   2.2. zasądza od odwołującego – **Minova Ekochem S.A., 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10,** na rzecz zamawiającego – **Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów,** kwotę 3 949 zł 53 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

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

**Przewodniczący:** ……



---

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Lubelski Węgiel „Bogdanka" S.A., Bogdanka, 21-013 Puchaczów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Dostawę kleju poliuretanowego do wzmacniania górotworu suchego i wilgotnego oraz górotworu mokrego i zawodnionego"* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Dnia 10 grudnia 2012 roku wykonawca Minova Ekochem S.A., ul. Budowlana 10, 41-100

Siemianowice Śląskie (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnego z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych zachowania zamawiającego polegającego na:

1. Zaniechaniu czynności, do której zamawiający zobowiązany był na mocy ustawy Pzp, a to zapewnienia odpowiednio funkcjonującej platformy elektronicznej, z którą wykonawcy drogą teleinformatyczną mogą się połączyć w sposób bezpośredni i składać postąpienia.
2. Zakończeniu aukcji elektronicznej pomimo nie zaistnienia przesłanek jej zakończenia, w szczególności zaniechaniu przeprowadzenia dogrywki, pomimo zaistnienia przesłanek jej przeprowadzenia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 91 c ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zarejestrowanie przez platformę elektroniczną wykorzystaną w niniejszym postępowaniu postąpienia odwołującego złożonego w czasie trwania aukcji elektronicznej,
2) art. 91 b ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 91 c ust. 5 w zw. z art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zamknięcie aukcji wbrew ustalonym przednio warunkom jej zakończenia,
3) przepisów i zasad wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania oraz nakazanie unieważnienia czynności aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 30 listopada 2012 r.
2. Nakazanie powtórzenia czynności aukcji elektronicznej.



---

3. Zobowiązanie zamawiającego do nadesłania informacji (raportu) o szczegółowym przebiegu aukcji elektronicznej przeprowadzonej w niniejszym postępowaniu w dniu 30 listopada 2012 r.
4. Dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, M. D., pracownik odwołującego (informatyk) nadzorujący aukcję, wezwanie na adres odwołującego, na okoliczność ustalenia przebiegu aukcji elektronicznej oraz zakresu czynności podjętych przez odwołującego w toku aukcji, pomiędzy godziną 10:14 a 10:15.

Dnia 10 grudnia 2012 roku zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 13 grudnia 2012 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: P……. i wspólnicy A…….. K……. sp.j., Schaum-Chemie Mikołów sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum – 41-800 Zabrze, ul. Dąbrowskiego 2.

Zamawiający, pismem z dnia 19 grudnia 2012 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

**Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez odwołującego z przesłuchania świadka stwierdzając, iż fakty będące przedmiotem zeznań świadka zostały stwierdzone innymi dowodami.**

**W pozostałym zakresie, Izba dopuściła dowody zgłoszone przez strony oraz przystępującego.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy



procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł, iż w toku aukcji elektronicznej wykonawcy, w tym odwołujący, składali postąpienia. Odwołujący złożył postąpienia trzykrotnie: o godzinie 10:05:23, 10:10:49 oraz 10:14:4x.

Z wydruku z panelu aukcji dokonanego o godzinie 10:21:15 wynika, że odwołujący, oznaczony tam jako „Firma F", złożył jedynie 2 pierwsze postąpienia, zaś aukcja została zakończona bez zarejestrowania trzeciego z postąpień na kwotę 8,39 zł.

Odwołujący wskazał, iż niezwłocznie podjął próbę wyjaśnienia przyczyn zakończenia aukcji elektronicznej pomimo faktu złożenia, przed zakończeniem aukcji, kolejnego postąpienia. Jeszcze w dniu 30 listopada 2012 r. zwrócił się do zamawiającego z pismem, w którym wyjaśnił, iż nowe postąpienie cenowe zostało wprowadzone do systemu na około 20 sekund przed godziną 10:15:00, następnie cena została dodana do systemu za pomocą klawisza „dodaj", zaś po wprowadzeniu podpisu elektronicznego, system nie przyjął postąpienia i zakończył aukcję.

Jednocześnie odwołujący zwrócił się za pośrednictwem poczty e-mail, do operatora platformy aukcyjnej z prośbą o przesłanie raportu czasowego wykonywania operacji w przedmiotowej aukcji. W dniu 4 grudnia 2012 r. konsultant techniczny - Pani Marta M., udzielił odpowiedzi, że na podstawie logów load balancera oraz logów aplikacji wynika, że złożona oferta nie dotarła do serwera. Wskazano również, że oferta była najprawdopodobniej podpisywana przez odwołującego, lecz proces podpisywania przedłużył się i po osiągnięciu przez aukcję czasu zakończenia nastąpiło odświeżenie strony i przerwanie operacji podpisu. W odpowiedzi odwołujący wniósł o ponowne przeanalizowanie szczegółów aukcji wskazując, że o godzinie 10:14:4x złożył nową ofertę, której system nie przyjął.

Operator platformy podtrzymał dotychczasowe stanowisko wskazując, że szczegółowe wyjaśnienia zostały skierowane do zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 7 grudnia 2012 r. poinformował odwołującego, że z informacji uzyskanej od operatora platformy wynika, że aukcja przebiegła prawidłowo.

Po otrzymaniu powyższej odpowiedzi odwołujący w dniu 7 grudnia 2012 roku ponownie zalogował się do platformy za pośrednictwem, której prowadzona była aukcja elektroniczna, gdzie w regułach aukcji („zasady uruchamiania dogrywki") widniał zapis, że „dogrywka *uruchamia się, gdy złożona zostanie przez dostawcę oferta podczas ostatnich 5 minut trwania aukcji lub dogrywki.*

W myśl ustanowionych przez zamawiającego za pośrednictwem operatora platformy aukcyjnej zasad, pomiędzy godziną 10:10 oraz 10:15 złożone zostały co najmniej 2 oferty: o godzinie 10:10:49 oferta firmy F (odwołującego) oraz o godzinie 10:13:47 oferta firmy S.



W ocenie odwołującego, w prowadzonej w dniu 30 listopada 2012 r. aukcji elektronicznej winna była nastąpić trwająca 2 minuty, tzw. dogrywka, w której wykonawcy mieli możliwość składania dalszych postąpień.

Odwołujący wskazał, że na tym etapie postępowania (w czasie trwania aukcji) zamierzał, zgodnie z przyjętą cenową strategią prowadzenia aukcji, dokonać dalszych postąpień, której to możliwości został pozbawiony.

Jednocześnie odwołujący wskazał, iż wykorzystywany przez niego system informatyczny nigdy nie był powodem jakichkolwiek nieprawidłowości w toku aukcji elektronicznej. Również personel zajmujący się prowadzeniem aukcji elektronicznych jest odpowiednio przeszkolony.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 91 c ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zarejestrowanie przez platformę elektroniczną wykorzystaną w niniejszym postępowaniu postąpienia odwołującego złożonego w czasie trwania aukcji elektronicznej, Izba stwierdziła, co następuje.

Przepis art. 91c ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, 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. Przepisów art. 82 ust. 1 i 2, art. 83 i 84 oraz art. 86-89 nie stosuje się.*

W ocenie Izby, za niezasadne uznać należy stanowisko zamawiającego i przystępującego, kwestionujące terminowość zgłaszanego zarzutu. Wskazać bowiem należy, że „aukcja testowa" przeprowadzona przez zamawiającego w dniu 22 października 2012 roku nie może oddziaływać, jej prawidłowość, na działanie platformy aukcyjnej i przeprowadzenie właściwej aukcji w dniu 30 listopada 2012 roku. Z tego też powodu za terminowe uznać należy stawianie zarzutu przez odwołującego w terminie 10 dniowym liczonym od dnia przeprowadzenia aukcji w dniu 30 listopada 2012 roku. Wskazać bowiem należy, na możliwość wystąpienia różnych okoliczności, tych pozytywnych, jak i negatywnych po dwóch stronach procesu aukcyjnego, tj. po stronie zamawiającego, jak i po stronie wykonawcy odwołującego, które w zależności od obiektywnych czy subiektywnych okoliczności mogą wystąpić w trakcie trwania aukcji. Fakt, że proces „aukcji testowej" przebiegł bez zastrzeżeń ze strony odwołującego, nie musi oznaczać, że „aukcja właściwa" przebiegnie w taki sam, niezakłócony sposób.

Uznając, iż zarzut odwołującego Nr 1 został postawiony w terminie, jednocześnie Izba uznała, że jest on bezzasadny.



---

Odwołujący chcąc skutecznie zarzucić zamawiającemu naruszenie art. 91 c ust. 1 ustawy Pzp, powinien udowodnić, że przeprowadzona przez zamawiającego aukcja elektroniczna nie posiadała co najmniej jednej z cech wymaganych przepisami ustawy Pzp, a mianowicie, że:

- zamawiający nie udostępnił wykonawcom formularza umieszczonego na stronie internetowej,
- formularz nie umożliwiał wprowadzenia niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną,
- zamawiający nie umożliwił wykonawcom składania kolejnych korzystniejszych postąpień,
- postąpienia składane przez wykonawców, nie podlegały automatycznej ocenie i klasyfikacji,

śaden z powołanych przez odwołującego w odwołaniu dowodów nie potwierdza jednak istnienia w/w uchybień ani też jakichkolwiek innych nieprawidłowości w funkcjonowaniu elektronicznej platformy aukcyjnej.

Twierdzenia odwołującego, ani załączone przez niego dokumenty nie potwierdzają by w toku przedmiotowej aukcji doszło do jakichkolwiek nieprawidłowości.

Podczas trwania aukcji nie doszło do utraty bezpośredniego połączenia odwołującego ze stroną aukcji, na co wskazują choćby okoliczności przytoczone przez odwołującego, z których wynika, że do chwili zakończenia aukcji odwołujący był połączony z platformą aukcyjną, a nawet rozpoczął procedurę składania swojego trzeciego postąpienia.

Poprawne funkcjonowanie platformy aukcyjnej potwierdza również fakt, że do godz. 10:13:47 (tj. do czasu złożenia ostatniej oferty w aukcji) zarówno przystępujący, jak i odwołujący, z powodzeniem składali kolejne postąpienia.

Stwierdzić należy, iż odwołujący w toku przedmiotowej aukcji skutecznie złożył jedynie dwa postąpienia i oba zostały poprawnie zarejestrowane w systemie aukcyjnym, kolejno o godzinie 10:05:23 oraz 10:10:49.

Zgodnie z przepisem art. 91 c ust. 2 ustawy Pzp *postąpienia, po rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu,* co oznacza, że za skuteczne postąpienie może być zatem uważana jedynie oferta złożona w toku aukcji, która zostanie opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym.

Przed opatrzeniem postąpienia (oferty) takim podpisem nie można więc w ogóle mówić o „postąpieniu". Powyższe oznacza, że twierdzenia zawarte w odwołaniu przeczą, że odwołujący skutecznie złożył trzecie postąpienie. Odwołujący wskazał, że na około 20 sekund przed końcem aukcji wprowadził do systemu nowe „postąpienie", zaś po wprowadzeniu podpisu elektronicznego system nie przyjął postąpienia i zakończył aukcję.

Wskazać należy, że złożenie podpisu elektronicznego nie stanowi jednej czynności, lecz wymagający odpowiedniego czasu – ciąg czynności polegających m.in. na otwarciu okna podpisu, wprowadzeniu ciągu znaków i akceptacji wprowadzonych danych. Wskazane przez odwołującego okoliczności dotyczące przebiegu ostatniej minuty aukcji prowadzą do wniosku, że odwołujący zbyt późno rozpoczął dokonywanie czynności związanych z trzecim postąpieniem i nie zdążył wykonać wszystkich tych czynności, które składały się na to postąpienie. Tym samym wadliwość czynności odwołującego nie może negatywnie wpływać na poprawność działania platformy aukcyjnej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 b ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 91 c ust. 5 w zw. art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zakończenie aukcji elektronicznej pomimo niezaistnienia przesłanek jej zakończenia i zaniechanie przeprowadzenia dogrywki pomimo zaistnienia przesłanek jej przeprowadzenia, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezzasadny.

Zamawiający w dniu 27 listopada 2012 r., zgodnie z przepisem art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp zaprosił drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, w tym także odwołującego.

W treści zaproszenia do udziału w przedmiotowej aukcji znajdował się link (odnośnik) zatytułowany *„Kliknij w ten link, aby otworzyć instrukcję obsługi aukcji",* który po kliknięciu przekierowywał uczestnika na internetowy adres zawierający instrukcję obsługi aukcji (Opis aukcji. Aukcja multiobiektowa). Ponadto zaproszenie zawierało załącznik w postaci „Podglądu szczegółów aukcji". W treści wskazanych dokumentów elektronicznych określone były w szczególności termin i warunki zamknięcia aukcji elektronicznej.

W instrukcji obsługi aukcji („Opis aukcji. Aukcja multiobiektowa") widniała informacja; *„W aukcji multiobiektowej możliwe jest wystąpienie dogrywek. Jeśli organizator aukcji tak ustali, każda oferta składana w ostatniej minucie aukcji lub kolejnej dogrywki, przedłuża możliwość składania oferty o ustalany przez organizatora czas. Informacje dotyczące ilości oraz czasu trwania dogrywek znajdują się w regułach aukcji.".*

Ponadto wskazać należy, że każdy z uczestników licytacji, logując się na platformie aukcyjnej zapoznawał się z warunkami aukcji, w szczególności z informacjami dotyczącymi dogrywek. Na czas trwania przedmiotowej aukcji, w oknie logowania widniała informacja, że dogrywkę lub kolejną dogrywkę uruchamiają oferty (postąpienia) składane w ostatniej minucie trwania aukcji lub dogrywki. Stanowisku temu odwołujący nie zaprzeczył.

Z załącznika do zaproszenia (Podgląd szczegółów aukcji) wynikały przede wszystkim: data przeprowadzenia aukcji (30.11.2012 r.), godzina jej rozpoczęcia (10:00:00) i godzina zakończenia (10:15:00) oraz informacja, że zamawiający dopuścił możliwość uruchamiania dogrywek, określając ich ilość na 99999, zaś czas trwania dogrywki na 2 minuty. Na dzień



wysłania zaproszeń oraz na dzień przeprowadzenia przedmiotowej aukcji elektronicznej obowiązywała więc zasada, według której dogrywki uruchamiały się w razie złożenia oferty w ostatniej minucie aukcji (lub kolejnej dogrywki), co zostało w wyraźny sposób określone w treści zaproszenia i załączników do niego.

Zasada, że dogrywka uruchamia się, gdy złożona zostanie oferta podczas ostatnich 5 minut trwania aukcji lub dogrywki - na którą powołuje się odwołujący - została wprowadzona dopiero w dniu 3 grudnia 2012 r., a więc już po zakończeniu przedmiotowej aukcji elektronicznej. Tym samym zasada ta nie mogła mieć zastosowania do żadnej aukcji przeprowadzanej przed dniem 3 grudnia 2012 r. Dowodu przeciwnego odwołujący nie przedstawił.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że ostatnie postąpienie w toku przedmiotowej aukcji zostało złożone o godzinie 10:13:47, a więc na ponad minutę przed końcem aukcji, niezasadne jest stanowisko odwołującego, który twierdził, że w przedmiotowej aukcji winna wystąpić dogrywka. W ostatniej minucie trwania aukcji nie została złożona żadna oferta, a tym samym - zgodnie z obowiązującymi w dniu 30 listopada 2012 r. regułami aukcji - nie zaistniała przesłanka uruchomienia dogrywki.

W ocenie Izby Zamawiający przygotował i przeprowadził przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

nie naruszając przepisów wskazanych w treści odwołania.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

**Przewodniczący:** ……