

Sygn. akt: KIO 2824/10

WYROK
z dnia 11 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia 31 grudnia 2010 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych MINEC sp. z o.o., ul. Sądowa 2, 41 - 605 Świętochłowice**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice** Centrum Wydobywcze Wschód ,43-155 Bieruń, ul. Granitowa 16 Zespół Zamówień i Przetargów.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

2. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie aukcji nr 1 przeprowadzonej w dniu 23 grudnia 2010 r. na część 8 zamówienia oraz nakazuje powtórzenie aukcji na wymienioną część 8 zamówienia.

2. Kosztami postępowania w kwocie **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża zamawiającego: **Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice.**

3. Nakazuje zaliczyć na poczet kosztów postępowania kwotę uiszczzonego wpisu.

4. Zasądza od zamawiającego: **Kompanii Węglowej S.A. ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice** na rzecz odwołującego: **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych MINEC sp. z o.o., ul. Sądowa 2, 41-605 Świętochłowice**, kwotę **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę zgrzebeł do przenośników zgrzeblowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 roku,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, (numer ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich: 2010/S 194 - 296658 z dnia 6 października 2010 r. oraz 2010/S 209 - 318335 z 27.10.2010r.), w dniu 31 grudnia 2010 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (w zakresie aukcji nr 1 na część nr 8 zamówienia) drogą elektroniczną, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym, zweryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, złożone przez wykonawcę - Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych MINEC sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie faksem.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie otrzymania informacji o wynikach aukcji nr 1 w dniu 23 grudnia 2010 r. i nieprawidłowościach stwierdzonych przez odwołującego w zakresie przeprowadzenia aukcji elektronicznej nr 1 (postępowania PE/2010/167/epp/1), zorganizowanej na elektronicznej platformie przetargowej www.soldea.pl, przeprowadzonej w dniu 23.12.2010 r. w godzinach od 08:00:00 do 09:14:09 dotyczącej „Dostawy zgrzebeł do przenośników zgrzeblowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 roku - nr sprawy 331002012/01,” polegających na tym, że:

- a. postępowanie przetargowe prowadzone w aukcji elektronicznej rozpoczęło od kwoty: 3 333 735,40 PLN (była to najkorzystniejsza oferta złożona w ofercie pisemnej przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych MINEC sp. z o.o.,
- b. w wyniku kolejnych postąpień zgodnie z „Instrukcją postępowania w aukcji/licytacji elektronicznej EPP www.soldea.pl” cena ustaliła się w wysokości: 3 163 735,40 PLN (oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych MINEC sp. z o.o., której przypisano na ekranie wagę 100,0000 punktów.
- c. zarówno „cena”, jak i „pozycja” oraz „suma punktów” utrzymywała się bez zmian na ekranie komputera do zakończenia aukcji. W międzyczasie aukcja była 5-krotnie przedłużana przez oferty innych uczestników postępowania, nie zmieniające jednak „pozycji”, ani też „sumy punktów” wymienionych powyżej.
- d. po zakończeniu aukcji oraz przy wyświetleniu na ekranie monitora komunikatu „zobacz wyniki” oferta odwołującego nadal posiadała „pozycję 1” oraz wagę 100,0000 punktów.
- e. po wyświetleniu ekranu „zobacz wyniki” zmieniła się „pozycja” oferty odwołującego z „pozycji 1” na „pozycję 2” oraz „suma punktów” z „100,0000 punktów” na „99,56584865.”

O powyższym odwołujący powiadomił telefonicznie operatora aukcji - www.soldea.pl oraz osobę prowadzącą przetarg ze strony zamawiającego. Natomiast w dniu 27.12.2010 r.

wniósł „odwołanie” do zamawiającego przedstawiając te same zarzuty, jak w odwołaniu będącym przedmiotem rozpoznania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Kompanii Węglowej S.A w Katowicach: iż wskutek podjętych czynności naruszone zostały przepisy art. 91 c ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.).

Odwołujący powołując się na uszczerbek swego interesu prawnego i utratę spodziewanych korzyści z realizacji zamówienia, wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej nr postępowania PE/2010/167/epp/1 na „Dostawę zgrzebeł do przenośników zgrzeblowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 roku - nr sprawy 331002012/01" część 8. W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący przekonywał, iż przebieg aukcji był nieprawidłowy. Ponadto wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadków podanych osób: Andrzeja F., Krystiana K., Piotra N., Jana N., Adama S., Rafała Ś., Ewę F., jako obserwujących przebieg aukcji. Na dowód słuszności swych twierdzeń, przedstawił również oświadczenie „AspoSoft” s.c. Adam S. , jako zewnętrznej firmy trudniącej się działalnością w zakresie obsługi i serwisu sieci komputerowej, której przedstawiciel był obecny w czasie przebiegu aukcji. Zaznaczył, iż firma ta dokonuje bieżącej konserwacji i serwisu systemu komputerowego odwołującego się. Na dowód potwierdzający stanowisko odwołującego, wskazują jego zdaniem, przebiegi aukcji elektronicznych przeprowadzonych tego samego dnia tj. 23 grudnia 2010 r, a dotyczących „Dostawy zgrzebeł do przenośników zgrzeblowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 roku - nr sprawy 331002012/01" część 10 aukcja elektroniczna nr postępowania PE/2010/167/epp/2 w godzinach od 09:24:09 do 12:10:55 oraz część 13 aukcja elektroniczna nr postępowania PE/2010/167/epp/3 w godzinach od 12:20:55 do 13:16:41. Na dowód przedstawił wydruki dotyczące tych aukcji.

Podnosił, iż utracił w wyniku niewłaściwego postępowania zamawiającego przy prowadzeniu aukcji, spodziewane korzyści jakie odniósłby gdyby zamówienie otrzymał do realizacji w wyniku wygranej aukcji nr 1, gdyż od wielu lat jest stałym dostawcą zgrzebeł dla Kompanii Węglowej S.A. jako doświadczony i solidny producent.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 3 stycznia 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, zaproszenia z do aukcji nr 1 na część 8 zamówienia, raportu początkowego, protokołu końcowego wyników aukcji, regulaminu elektronicznej platformy przetargowej z dnia 1 maja 2010 r. operatora Soldea Sp. J. z siedzibą w Łodzi, pisma firmy TRAF Bis Sp. z o.o. z 3 stycznia 2011 r. Pism stron złożonych w postępowaniu odwoławczym wraz załącznikami, oświadczenia Biura Usług Informatycznych Aspo Soft s.c, certyfikatu „Microsoft License Managment dla odwołującego."

Izba nie dopuściła dowodów z przesłuchania w charakterze świadków podanych osób: Andrzeja F., Krystiana K., Piotr N., Jana N., Adam S., Rafała Ś., Ewę F., gdyż zgromadzone w sprawie dowody z dokumentów były wystarczające do rozstrzygnięcia sprawy.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zamówienie na część 8 - obejmuje: zgrzebło kompletne kute 2x 34 x 126-150 E260 L-778 do przenośnika RYBNIK 850.

Zamawiający unieważnił aukcję na ten sam przedmiot zamówienia, przeprowadzoną w dniu 17 grudnia 2010 r. i poinformował wykonawców pismem z dnia 17.12.2010, że nowy termin aukcji wyznacza na 23 grudnia 2020 r.

Dnia 28 grudnia 2010 r. zamawiający zawiadomił o wynikach aukcji na część 8, 10 i 13 zamówienia. W części 8 zamówienia wybrał ofertę wykonawcy: Przedsiębiorstwo-Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Wimar” Wojciech Wieczorek z siedzibą w Rybniku. W piśmie o wynikach aukcji zamawiający podał, iż wybrany wykonawca zaoferował cenę 3 150 000,00 zł. Natomiast odwołujący zaoferował cenę 3 163 735,40 zł. Oferta odwołującego została wybrana na część 10 tego zamówienia.

W warunkach uczestnictwa w aukcji na platformie EPP firmy Soldea podano, iż w trakcie aukcji obowiązuje czas serwerowy, a nie lokalny. Czas serwerowy jest wyświetlany na stronach Elektronicznej Platformy Przetargowej (EPP).

Operator - firma Soldea Sp. j. z siedzibą w Łodzi udostępnił na swojej stronie internetowej Regulamin platformy przetargowej EPP, który postanawia, iż zaproszenie wystosowane przez zamawiającego do wykonawców dopuszczonych do aukcji może zawierać warunki, zasady oraz parametry aukcji. Parametry aukcji, to w myśl definicji regulaminu: termin otwarcia, termin warunki zamknięcia, wartości postąpień, punktacja i inne postanowienia dotyczące przebiegu aukcji. Parametry są ustalane indywidualnie dla każdej aukcji przez zamawiającego i zamieszczane w zaproszeniu lub w ogłoszeniu.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zawiera następujące postanowienia.

Rozdział VII. SIWZ informuje, iż zamawiający zamierza dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej .

1. Aukcja elektroniczna:

Po dokonaniu oceny złożonych ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna w zadaniach 8,10,13,15,16, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej trzy oferty niepodlegające odrzuceniu.

W toku aukcji elektronicznej stosowane będzie jedynie kryterium ceny. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji.

2. Adres strony internetowej na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna:
<http://www.soldea.pl>

3. Wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców. Wykonawcy dopuszczeni do aukcji, otrzymają poufny identyfikator, komplet login-hasło, umożliwiające im zalogowanie do systemu aukcyjnego EPP. Przed przystąpieniem do aukcji wykonawcy przeprowadzają proces rejestracji – dokonanie procesu rejestracji jest warunkiem koniecznym udziału w aukcji. Wykonawca ma możliwość przeprowadzenia rejestracji od momentu otrzymania poufnego identyfikatora. Zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, zawierające, między innymi, poufne identyfikatory, zostaną przekazane wykonawcom drogą elektroniczną, na adres e-mail wykonawcy wskazany w formularzu ofertowym – załącznik nr 2 SIWZ. Wykonawcy niezwłocznie potwierdzą faksem otrzymanie, drogą elektroniczną, zaproszeń i identyfikatorów, na nr faksu: +48 32 757 2027.

4. Wymagania techniczne urządzeń informatycznych.

- 1) komputer klasy PC,
- 2) system operacyjny: Windows98/2000/XP,
- 3) sprawne łącze internetowe,
- 4) dostęp do sieci Internet bez pośrednictwa serwera Proxy,
- 5) przeglądarka internetowa: Internet Explorer 5.5 lub wyższy,
- 6) zainstalowany czytnik kart kryptograficznych,
- 7) bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany ważnym kwalifikowanym certyfikatem,
- 8) zainstalowany, bezpłatny program ProCertumAPI, umożliwiający użycie bezpiecznego podpisu elektronicznego w toku aukcji (program ProCertumAPI należy pobrać zainstalować ze strony internetowej operatora, pod adresem:
<https://www.soldea.pl/epp/przygotowanie.php>)

W zaproszeniu do aukcji nr 1 na część 8 zamówienia, wygenerowanym elektronicznie w dniu 20 grudnia 2010 r. zamawiający podał warunki uczestnictwa:

- przedmiot postępowania: dostawa zgrzebeł do przenośników zgrzeblowych do Oddziałów KW S.A. w 2011 roku. Numer postępowania 331002012/01

- identyfikator postępowania PE/2010/167/pp. Aukcja:1;

Pkt 1.3 całkowita punktacja przyznana wykonawcy po ocenie ofert - 100,00000000

Pkt 1.6 aukcja zostanie otwarta 23.12.2010 r. godz. 8:00:00,

Pkt 1.7 aukcja zostanie zamknięta 23.12.2010 r. godz. 8:15:00. Jeżeli na 5 minut przed planowanym terminem zamknięcia aukcji pojawi się nowa oferta, aukcja będzie trwała dalej zakończy się, gdy nie pojawią się nowe postąpienia w ustalonym czasie 5 minut,

Pkt 1.8 Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował automatyczne przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji. Obliczanie punktacji będzie opierać się na wzorach służących do oceny ofert przed aukcją.

Do aukcji nr 1 zostało zaproszonych 4 wykonawców:

- 1) uczestnik A – odwołujący: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych MINEC sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach,
- 2) uczestnik B - Przedsiębiorstwo Przemysłowo Usługowo Handlowe WIMAR Wojciech Wieczorek z siedzibą w Rybniku,
- 3) uczestnik C - Przedsiębiorstwo Przemysłowo Handlowe POLMAG Sp. z o.o. z siedzibą Katowicach,
- 4) uczestnik D - Rybnicka Fabryka Maszyn RYFAMA S.A.

Planowany czas zamknięcia aukcja nr 1 na część 8 zamówienia godzina 8:15:00

Z raportu początkowego wynika, że na czas otwarcia aukcji, po dokonaniu oceny złożonych ofert - otrzymały one następującą punktację:

- A 100.00000000, cena 3 333 735,40 zł.
B 81.17283951, cena 4 106 959,20 zł.
C 90.06849315, cena 3 701 333,60 zł.
D 74.71590909, cena 4 461 881,60 zł.

Przebieg aukcji według przedstawionego protokołu z aukcji przedstawiał się następująco:

Nr	Czas złożenia	Symbol	Bagaż pkt.	Cena zł.
-	08:00:00	C	0	3 701333
-	08:00:00	D	0	4 461881
-	08:00:00	A	0	3 337354
-	08:00:00	B	0	4106959
1	08:02:39	B	0	4 096959
2	08:04:00	B	0	4 081959
3	08:04:13	C	0	3 696333
4	08:04:32	D	0	4 450000
5	08:05:04	B	0	4 071959

6	08:06:30	B	0	4 021959
7	08:07:33	B	0	3 921959
8	08:08:32	B	0	3 821959
9	08:09:48	B	0	3 275000
10	08:11:29	D	0	4 445000
11	08:13:15	A	0	3 323735
12	08:13:36	D	0	4 440000
13	08:16:42	D	0	4 435000
14	08:17:35	A	0	3 268735
15	08:19:00	B	0	3 265000
16	08:20:22	A	0	3 256735
17	08:21:35	B	0	3 255000
18	08:24:00	A	0	3 248735
19	08:25:02	B	0	3 245000
20	08:27:22	A	0	3 233735
21	08:28:19	B	0	3 235000
22	08:29:10	D	0	4 430000
23	08:29:11	B	0	3 225000
24	08:31:01	A	0	3 223735
25	08:31:54	B	0	3 215000
26	08:33:10	A	0	3 213735
27	08:34:03	B	0	3 205000
23	08:35:20	A	0	3 203735
29	08:36:22	B	0	3 195000
30	08:38:37	A	0	3 198735
31	08:39:36	A	0	3 193735
32	08:40:32	B	0	3 175000
33	08:42:30	A	0	3 183735
34	08:45:13	A	0	3 178735
35	08:46:24	A	0	3 168735
36	08:47:37	B	0	3 165000
37	08:48:32	A	0	3 163735
38	08:49:36	B	0	3 150000
39	08:54:29	D	0	4 425000
40	08:59:17	D	0	4 420000
41	09:04:10	D	0	4 415000
42	09:09:08	D	0	4 410000

Na czas zamknięcia aukcji w dniu 23.12.2010 r. godz. 9:14:09 oferty otrzymały następującą punktację:

- A 99.56584865, cena 3 163 735,40 zł.
- B 100.00000000, cena 3 150 000,00 zł.
- C 85.21959465, cena 3 695 333,00 zł.
- D 71.42857143, cena 4 410 000,00 zł.

Powyższy przebieg aukcji oraz jej stan na moment zakończenia potwierdza protokół przedstawiony przez zamawiającego – jako dokument wygenerowany automatycznie przez system EPP w dniu 27.12.2010 r, nie wymagający potwierdzenia operatora.

Pod adresem strony internetowej na której była prowadzona aukcja elektroniczna:

<http://www.soldea.pl> znajduje się regulamin aukcji. Według § 1 pkt 8 regulaminu zamawiający/organizator aukcji, zobowiązał się informować wykonawców o pozycji ofert, ich wartościach i liczbie wykonawców uczestniczących w aukcji, potwierdzając złożone oferty przez ich wyświetlenie na stronie internetowej EPP. W § 1 pkt 9 regulamin stanowi, iż operator, co do zasady nie ma wpływu i możliwości ingerencji w przebieg aukcji.

Okoliczność przyznaną przez strony do protokołu rozprawy stanowi, iż w toku aukcji nr 1 odwołujący kontaktował się z przedstawicielem zamawiającego oraz operatora aukcji podnosząc zastrzeżenia co do jej przebiegu – braku zamknięcia aukcji z upływem 5 minut po ustaleniu się wyniku z pierwszą pozycją oferty odwołującego. Otrzymał odpowiedź, że zapewne kolejne postąpienia złożą wykonawcy, których oferty plasują się na dalszych pozycjach, co jest przyczyną przedłużenia aukcji, bez uwidocznienia tego stanu na ekranie komputera uczestnika. Zamawiający korzystał z EPP firmy Soldea Sp. J. za pośrednictwem firmy TRAF Bis Sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje.

Nie zachodziły podstawy do kwestionowania interesu odwołującego i legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej, skoro utrzymywał on, że czynności zamawiającego w toku aukcji elektronicznej nr 1 były wadliwe i doprowadziły do tego, że oferta odwołującego nie została wybrana do realizacji zamówienia na część 8, mimo iż system aukcyjny na moment zakończenia aukcji pokazywał 1-ą pozycję tej oferty.

Zgodnie z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego (...) zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu oraz zostały złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Zamawiający powyższy warunek spełnił, przez zaproszenie do udziału w aukcji wykonawców:

- 1) uczestnika A – odwołującego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych MINEC sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach,
- 2) uczestnika B – Przedsiębiorstwa Przemysłowo Usługowo Handlowego WIMAR Wojciech Wieczorek z siedzibą w Rybniku,
- 3) uczestnika C - Przedsiębiorstwa Przemysłowo Handlowego POLMAG Sp. z o.o. z siedzibą Katowicach,
- 4) uczestnika D - Rybnickiej Fabryki Maszyn RYFAMA S.A.

Stosownie do treści art. 91 b ustawy Pzp zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji wszystkich wykonawców, którzy złożą oferty niepodlegające odrzuceniu.

W zaproszeniu zamawiający zobowiązany był podać parametry aukcji tj. informacje na temat:

- 1) pozycji złożonej oferty i otrzymanej punktacji,
- 2) minimalnych wartościach postąpień,
- 3) terminie otwarcia aukcji,
- 4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji,
- 5) sposobie oceny ofert w toku aukcji.

Analizując treść zaproszenia do aukcji przekazanej odwołującemu, należy stwierdzić, iż warunki ustawowe określone w przytoczonym wyżej art. 91b ustawy Pzp zostały spełnione.

Art. 91 c ust. 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu na bieżąco przekazywanie każdemu wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty.

Postępowanie dowodowe potwierdziło, iż wymagania określone w art. 91c ustęp 3 ustawy Pzp nie zostały spełnione.

Z przedstawionej przez zamawiającego historii aukcji, przekazanej Krajowej Izbie Odwoławczej za pośrednictwem faksu w dniu 7.01.2011 r. oraz w dokumentacji akt postępowania wynika, że wykonawcy nie byli informowani na bieżąco o otrzymanej punktacji - odnośna kolumna (bagaż punktów – 0,00000000) w protokole z aukcji pozostała niewypełniona. Ponadto dokument został wydrukowany w dniu 27 grudnia 2010 r. Stwarza to uzasadnione wątpliwości co właściwego dotrzymania przez zamawiającego obowiązków informacyjnych w toku aukcji, leżących po jego stronie. Zamawiający zobowiązany był w trakcie aukcji na bieżąco informować wykonawców o punktacji i pozycji ich ofert oraz o punktacji i pozycji oferty najkorzystniejszej, a niezwłocznie po zamknięciu aukcji zawiadomić wykonawców w niej uczestniczących o wynikach aukcji. Dokument pod nazwą „protokół” przedstawiony Izbie jako dowód w sprawie został wygenerowany w dniu 27 grudnia 2010 r. o godzinie 6:29, podaje datę aukcji nr 1 - dnia 23.12.2010 r. oraz godzinę zamknięcia aukcji 9:14:09. Przy poszczególnych ofertach podano punktację łączną na czas zamknięcia aukcji. Działanie takie Izba uznała za wadliwe i niespełniające wymagań ustawowych. Okoliczność bezsporną stanowi, iż odwołujący o nieprawidłowościach w końcówce aukcji nr 1, po ich stwierdzeniu od razu w trakcie aukcji zawiadomił niezwłocznie drogą telefoniczną wskazanego operatora oraz osobę obserwującą aukcję po stronie zamawiającego. Otrzymał odpowiedź, że nawet jak minie więcej niż 5 minut od daty ostatniego postąpienia wykonawcy, a kolejne oferty złożą wykonawcy zajmujący dalsze pozycje to aukcja zostanie przedłużona ponad zakładany czas, bez uwidocznienia tego na ekranie komputera zainteresowanego uczestnika postępowania. Po ustaleniu wyników aukcji, w dniu 27 grudnia 2010 r. odwołujący wniósł pismo nazwane „odwołaniem” do zamawiającego, z

reklamacją dotyczącą jego pozycji (2). Niezrozumiała jest więc postawa zamawiającego, który w tej sytuacji nie zabezpieczył dowodów w postaci wydruków z systemu aukcyjnego, pokazujących stan przebiegu i wyniku aukcji nr 1 bezpośrednio w dniu 23.12.2010 r. Dowody przedstawione Izbie, zostały wygenerowane dopiero w dniu 27 grudnia 2010 r. Zamawiający nie odpowiedział na zgłaszane zarzuty odwołującemu, natomiast złożył do akt sprawy pismo operatora aukcji firmy TRAF Bis Sp. z o.o. z dnia 3 stycznia 2011 r. wykluczające nieprawidłowe działanie systemu aukcyjnego, wskazujące natomiast na możliwość nieprawidłowości w działaniu sprzętu po stronie odwołującego.

Regulamin aukcji umieszczony na stronie internetowej organizatora firmy Soldea Sp. J. w § 1 pkt 5 podaje, iż o pozycji ofert ich wartościach i liczbie wykonawców uczestniczących w aukcji zamawiający informuje wykonawców, potwierdzając złożone oferty poprzez ich wyświetlenie na stronie internetowej EPP. Z regulaminu nie wynika, jaki szczegółowy zakres informacji jest udostępniany wykonawcy w trakcie aukcji (określenie wartości może zarówno oznaczać ceny jak i ocenę punktową). Regulamin nie podaje jakie dokumenty są udostępniane zarówno w trakcie aukcji jak i niezwłocznie na moment jej zakończenia, w formie umożliwiającej udokumentowanie przeprowadzonych czynności tak ze strony zamawiającego jak i poszczególnych wykonawców. Odwołujący podnosił, iż „protokół z aukcji” był niedostępny dla wykonawcy nawet po zakończeniu aukcji.

Mimo zgłaszanych na bieżąco zastrzeżeń przez wykonawcę, zamawiający nie przedstawił wydruków wygenerowanych w trakcie aukcji ani na moment jej zamknięcia. Aukcja nr 1 była prowadzona w dniu 23 grudnia 2010 r. Natomiast jej udokumentowanie, jakie zamawiający zawarł w aktach postępowania pochodzi z dnia 27 grudnia 2010 r. Okoliczności tej sprawy i dokumentacja świadczą, że zamawiający naruszył zasady przejrzystości postępowania. Nie może zatem dziwić, iż odwołujący opierał się jedynie na stwierdzeniu faktu nieprawidłowości w końcowej fazie aukcji nr 1 oraz, że był zdany na domysły co do przyczyn tego stanu rzeczy. Należało założyć, iż od godziny 8:49:36, w której to według zamawiającego, wpłynęła oferta z ceną 3 150 000 zł. wykonawcy PPUH Wimar Wojciech Wieczorek, uznana za najkorzystniejszą, gdyby odwołujący był o tym poinformowany, do czasu zakończenia aukcji o godzinie 9:14:09, zdążyłby podjąć stosowne działania, nawet w sytuacji chwilowego wstrzymania funkcjonowania przeglądarki, co sugerował jako błąd techniczny po stronie wykonawcy, operator aukcji w swoim wyjaśnieniu z dnia 3 stycznia 2011 r. Jak wynika z podanych czasów składania ofert, brak informacji o zmianie pozycji w toku aukcji trwał bowiem 23 minuty i 33 sekundy. Dla odwołującego na ekranie komputera był cały czas widoczny komunikat, iż jego oferta złożona o godz. 8:48:32 z ceną 3 163 735,40 zł. jest najkorzystniejsza. Izba nie uwzględniła sugestii zamawiającego, iż zdarzenie wystąpiło na skutek wadliwego działania sprzętu lub łącza internetowego po stronie odwołującego, czy też z uwagi na możliwe uchybienia odwołującego przy korzystaniu z EPP. Twierdzenia takie nie zostały nawet przez zamawiającego

uprawdopodobnione. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pismo wykonawcy z dnia 27 grudnia 2010 r. Odwołujący posiada certyfikat firmy Microsoft potwierdzający spełnienie wymogów odnośnie zarządzania licencjami tej firmy. Ponadto prawidłowy stan sieci komputerowej odwołującego potwierdził serwisant Biuro Usług Informatycznych Aspo Soft Adam S. w oświadczeniu z dnia 30 grudnia 2010r. Natomiast okolicznością przyznaną jest, iż odwołujący w tym samym dniu uczestniczył w aukcji na część 10 i 13 zamówienia, a jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza na część 10. Dowodzi to zdaniem Izby, iż co do zasady odwołujący był prawidłowo przygotowany do uczestnictwa w aukcji, tak pod względem sprzętowym jak i kwalifikacji osób, które ze strony odwołującego wymieniają aukcję obsługiwały, nawet pomimo tego, że w trakcie aukcji nr 2 dokonał zmiany łącza na bezprzewodowe (co nie zostało zabronione). Z całą pewnością nie da się wykluczyć błędu wykonawcy, czy przyczyny technicznej, to Izba mając jednak na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uznała, że zamawiający nie dopełniając swoich obowiązków zabezpieczenia dowodów pisemnych, w szczególności z kwestionowanej fazy aukcji, uniemożliwił tym samym autorytatywne stwierdzenie, iż aukcja była na tyle prowadzona w sposób przejrzysty i zgodny z wymaganiami ustawy, iż prawdopodobieństwo popełnienia błędu leży wyłącznie po stronie odwołującego.

Wykonawca powinien zostać powiadomiony w czasie rzeczywistym o pozycji swojej oferty. Sytuacja jaka zaistniała w tym postępowaniu, zdaniem Izby, mogła istotnie wpłynąć na decyzje odwołującego, co do kolejnych postępień i czasu ich składania, a więc przełożyć się na całkowity wynik postępowania w danej części zamówienia. Odwołujący mógł być bowiem przekonany, w oparciu o dane, które obserwował na ekranie, iż jego oferta cały czas zajmuje pierwszą pozycję, skoro pozostawały one niezmiennie do czasu wyświetlenia odmiennego wyniku aukcji.

Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert. W przypadku aukcji elektronicznych, aby znali pozycję i punktację swojej oferty, względem oferty najkorzystniejszej przez cały okres trwania aukcji.

Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 10 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki transportu i usług pocztowych. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i

niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów. Przejrzystość postępowania nie została przez zamawiającego zagwarantowana. Dokumenty obrazujące przebieg aukcji zostały sporządzone w dniu 27.12.2010 r., co wobec przeprowadzenia aukcji w dniu 23 grudnia 2010 r. Izba uznała za działanie spóźnione. Obowiązkiem zamawiającego było pełne udokumentowanie przebiegu postępowania, aby umożliwić weryfikację tak ofert składanych przez poszczególnych wykonawców (postąpień) według czasu ich dokonania jak i dotrzymania przez zamawiającego wyznaczonych parametrów aukcji oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Izba uznała, iż reguły prowadzenia aukcji, z góry podane w warunkach uczestnictwa w kwestionowanym przez odwołującego zakresie, nie były przestrzegane, co pozostaje w sprzeczności z zasadą jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz pozwalało postawić zamawiającemu zarzut naruszenia przepisów ustawy, przez wybór oferty na część 8 zamówienia. Skoro prawidłowość przeprowadzenia aukcji nr 1 budzi uzasadnione wątpliwości konieczne stało się nakazanie zamawiającemu jej powtórzenia w zakresie części 8 zamówienia.

Postępowanie dowodowe w sprawie potwierdziło zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów art. 91c ust. 3 ustawy Pzp, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwa Robót Inżynierskich MINEC sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, od zamawiającego Kompani Węglowej S.A. kwotę 15 000,00 zł. tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w

terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....