

WYROK
z dnia 28 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**
Andrzej Niwicki
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2013 r. przez wykonawcę **LOTOS Kolej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Michałki 25, 80-716 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **PKP CARGO S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2651/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 7 listopada 2013 r.

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę PKP CARGO S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LOTOS Kolej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Michałki 25, 80-716 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od wykonawcy **PKP CARGO S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** na rzecz wykonawcy **LOTOS Kolej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Michałki 25, 80-716 Gdańsk** kwotę **19 178 zł 44 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto siedemdziesiąt osiem złotych czterdzieści cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Transport kolejowy ropy naftowej, siarki płynnej i węgla kamiennego” - część 1 zamówienia.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 sierpnia 2013 r., nr 2013/S 157-274950.

W dniu 8 listopada 2013 r. zamawiający poinformował wykonawcę LOTOS Kolej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze w ramach części 1 oferty wykonawcy PKP Cargo S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą PKP Cargo”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 13 listopada 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 13 listopada 2013 r.) od:

1. niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania przez zamawiającego czynności bieżącego przekazywania odwołującemu w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 7 listopada 2013 r. informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty
2. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy PKP Cargo
3. niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania przez zamawiającego czynności wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej
4. od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia
5. od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zawarcia przez zamawiającego umowy o udzielenie zamówienia z wykonawcą PKP Cargo - z ostrożności w przypadku, gdyby zamawiający zawarł z wykonawcą PKP Cargo umowę o udzielenie zamówienia po złożeniu niniejszego odwołania

zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Pzp:

1. art. 91c ust. 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu przez zamawiającego czynności bieżącego przekazywania odwołującemu w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 7 listopada 2013 r. informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty

2. art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty wykonawcy PKP Cargo podczas, gdy oferta ta została uznana za najkorzystniejszą z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz zaniechania wyboru oferty odwołującego podczas, gdy oferta ta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą
3. z ostrożności w przypadku, gdyby zamawiający zawarł umowę o udzielenie zamówienia po złożeniu niniejszego odwołania - art. 94 ust. 1 pkt 1 oraz art. 183 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zawarciu z wykonawcą PKP Cargo umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem terminów i zasad wskazanych w tych przepisach
4. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia podczas, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia
5. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp polegające na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
Jednocześnie odwołujący wnioskował o:
 1. unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dniu 7 listopada 2013 r. oraz ponowne przeprowadzenie przez zamawiającego aukcji elektronicznej
 2. w razie uznania, że zamawiający nie jest władny unieważnić aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 7 listopada 2013 r. a następnie przeprowadzić jej ponownie, wnioskował o:
 3. unieważnienie w/w postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego
 4. z ostrożności w przypadku, gdyby zamawiający zawarł umowę o udzielenie zamówienia po złożeniu niniejszego odwołania - unieważnienie umowy zawartej przez zamawiającego z wykonawcą PKP Cargo
 5. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy PKP Cargo jako najkorzystniejszej
 6. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej
 7. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wniesionego wpisu i uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, których wysokość zostanie określona przez odwołującego na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł m.in., iż w trakcie podstawowego czasu trwania aukcji (do godziny 10.30) odwołujący przygotował 6 ofert kolejno o godzinie: 10:01:51, 10:06:48, 10:08:57, 10:26:10, 10:28:03, 10:29:31 i składał oferty na platformie. W toku podstawowego czasu trwania aukcji na ekranie komputera pełnomocnika Odwołującego na platformie organizatora wyświetlały się informacje o ilości podmiotów biorących udział w aukcji (4), o pozycji oferty odwołującego, otrzymanej przez niego punktacji oraz o kwocie stawek najkorzystniejszej złożonej oferty. W trakcie aukcji podstawowej, w wyniku składania kolejnych ofert, odwołujący widział na bieżąco zmiany informacji o pozycji złożonej przez niego oferty.

Po zakończeniu aukcji podstawowej godzinie 10.30 nastąpiło opcjonalne przedłużenie aukcji elektronicznej w formie tzw. dogrywki, każdej trwającej po 5 minut. Zgodnie z zasadami przeprowadzenia dogrywek w aukcji elektronicznej na w/w platformie, o których odwołujący uzyskał informację od eB2B Sp. z o.o., kolejna 5-minutowa dogrywka odbywać się miała tylko i wyłącznie w przypadku, gdyby w poprzedniej została złożona jakakolwiek oferta. W razie, gdyby w trakcie dogrywki nie została złożona jakakolwiek oferta, kolejna dogrywka nie zostałaby przeprowadzona, a aukcja zostałaby zakończona. Poszczególni oferenci na bieżąco mieli być informowani o: ilości oferentów biorących udział w aukcji elektronicznej, swojej pozycji, ilości posiadanych przez niego punktów oraz wysokości stawek najkorzystniejszej oferty.

W trakcie jednej z pierwszych dogrywek odwołujący przygotował ofertę o godzinie 10:33:30 obejmującą następujące ceny: 81,01 zł za przewóz ropy naftowej oraz 81,39 zł za przewóz siarki płynnej i złożył tą ofertę na platformie. Po złożeniu w/w oferty przez odwołującego na ekranie pojawiła się informacja o uzyskaniu przez odwołującego pierwszej pozycji. Na wypadek złożenia przez jednego z pozostałych oferentów oferty korzystniejszej, odwołujący przygotował o godzinie 10:38:27 ofertę zawierającą następujące ceny: 79,51 zł za przewóz ropy naftowej oraz 80,39 zł za przewóz siarki płynnej. Formularz został zapisany na dysku Katarzyny Korowickiej i zaopatrzony w/w bezpiecznym podpisem. Wskazana oferta przygotowana o godzinie 10:38:27 nie została przez odwołującego złożona ponieważ w trakcie wszystkich kolejnych dogrywek na ekranie komputera odwołującego na platformie przez cały czas do zakończenia aukcji utrzymywała się informacja o uzyskaniu i utrzymaniu przez ofertę złożoną przez odwołującego pierwszej pozycji. Nie zmieniała się również punktacja otrzymana przez odwołującego. Odwołujący nie otrzymał informacji o złożeniu przez któregokolwiek z pozostałych oferentów oferty korzystniejszej. Przez cały czas do zakończenia aukcji komputer odwołującego pozostawał w połączeniu z platformą aukcyjną, nie było jakiegokolwiek komunikatu o przerwaniu bądź zakłóceniu połączenia. Ponadto odwołujący widział nr kolejnej dogrywki oraz czas pozostały do jej końca. Około godziny 10.56 na ekranie komputera Katarzyny Korowickiej automatycznie pojawił się komunikat o

zakończeniu aukcji i informacja, że odwołujący uzyskał 2-gą pozycję w postępowaniu z łączną ilością punktów 97.052. Zaskoczony takim wynikiem aukcji odwołujący (Przemysław Pomaski) zadzwonił o godzinie 10.56 do operatora platformy elektronicznej informując o nieprawidłowym przebiegu procesu aukcji i braku bieżącego informowania odwołującego o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Pracownik operatora platformy oddzwonił do odwołującego o godz. 11.10 i poinformował go, iż przez cały czas odwołujący pozostawał podłączony do serwera, komunikacja nie została zerwana. Ponadto odwołujący skontaktował się telefonicznie z zamawiającym (p. Marta Panek) aby poinformować o nieprawidłowym przebiegu aukcji elektronicznej i nieotrzymaniu przez odwołującego w trakcie kolejnych dogrywek bieżących informacji o pozycji złożonych przez niego ofert i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Zamawiający poinformował, że od chwili złożenia przez odwołującego oferty z godziny 10:33:30 zostało złożonych 6 ofert, z których najkorzystniejsza złożona została o godzinie 10:47 i obejmowała następujące stawki: 80,06 zł za przewóz ropy i 85,52 zł za przewóz siarki.

Reasumując odwołujący podniósł, iż że w toku dogrywek trwających po podstawowym czasie trwania aukcji zamawiający nie przekazywał na bieżąco odwołującemu informacji o pozycji złożonej przez odwołującego oferty i otrzymanej przez niego punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Odwołujący przez cały czas trwania dogrywek, do zakończenia aukcji elektronicznej był informowany, że jego oferta zajmuje 1-szą pozycję, co w podanych okolicznościach było nieprawdą, skoro w toku kolejnej dogrywki o godz. 10:47 została złożona oferta korzystniejsza. Odwołujący nie był również na bieżąco informowany o punktacji najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez jednego z oferentów o godz. 10:47, jak i innych ofert korzystniejszych złożonych przez pozostałych oferentów.

Pismem z dnia 13 listopada 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca PKP Cargo otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 15 listopada 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PKP Cargo przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 22 listopada 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, oświadczając iż uwzględni odwołanie w całości.

W dniu 27 listopada 2013 r. (pismem z tej samej daty) w odpowiedzi na wezwanie z dnia 26 listopada 2013 r. do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania wykonawca PKP Cargo oświadczył, iż zamierza złożyć sprzeciw co do uwzględnienia w całości odwołania.

Na posiedzeniu w dniu 28 listopada 2013 r. wykonawca PKP Cargo oświadczył, iż wnosi sprzeciw co do uwzględniania przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, składając pismo procesowe w sprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w treści SIWZ (15.2) oraz treści zaproszenia do aukcji elektronicznej z dnia 31 października 2013 r. wskazał, że w zakresie każdej z części zamówienia zostanie przeprowadzona aukcja elektroniczna na platformie aukcyjnej Aukcje Elektroniczne eB2B, określając jakie parametry powinien posiadać komputer użytkownika platformy.

Termin otwarcia aukcji elektronicznej został wyznaczony na dzień 7 listopada 2013 r. na godz. 10:00 (na platformie aukcyjnej Aukcje Elektroniczne eB2B na stronie <https://pgnig.eb2b.com.pl>).

Zamawiający poinformował także wykonawców, że zamknięcie aukcji elektronicznej nastąpi w chwili upływu podstawowego czasu trwania aukcji elektronicznej - o godzinie 10.30 pod warunkiem, że w ciągu ostatnich 5 minut trwania aukcji żaden z wykonawców niełoży oferty. Jeżeli w ciągu ostatnich 5 minut trwania aukcji elektronicznej zostanie złożona oferta przez któregokolwiek z wykonawców nastąpi uruchomienie opcjonalnego przedłużenia aukcji elektronicznej o 5 minut. W trakcie aukcji możliwe jest uruchomienie 999 opcjonalnych przedłużeń aukcji.

W trakcie podstawowego czasu trwania aukcji (do godziny 10.30) odwołujący złożył 6 ofert, w trakcie trwania którego na ekranie komputera pełnomocnika odwołującego na platformie organizatora wyświetlały się informacje o ilości podmiotów biorących udział w aukcji oraz o pozycji oferty odwołującego, otrzymanej przez niego punktacji oraz o kwocie stawek najkorzystniejszej złożonej oferty.

Po zakończeniu aukcji podstawowej godzinie 10.30 nastąpiło opcjonalne przedłużenie aukcji elektronicznej w formie tzw. dogrywki, każdej trwającej po 5 minut.

Zgodnie z zasadami przeprowadzenia dogrywek w aukcji elektronicznej na w/w platformie poszczególni oferenci na bieżąco mieli być informowani o: ilości oferentów biorących udział w aukcji elektronicznej, swojej pozycji, ilości posiadanych przez niego punktów oraz wysokości stawek najkorzystniejszej oferty.

W trakcie jednej z pierwszych dogrywek odwołujący przygotował ofertę o godzinie 10:33:30, którą złożył na platformie. Po jej złożeniu na ekranie pojawiła się informacja o uzyskaniu przez odwołującego pierwszej pozycji.

Około godziny 10.56 - jak oświadczył odwołujący - na ekranie komputera Katarzyny Korowickiej automatycznie pojawił się komunikat o zakończeniu aukcji i informacja, że odwołujący uzyskał 2-gą pozycję w postępowaniu z łączną ilością punktów 97.052.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z treścią art. 91c ust. 3 ustawy Pzp w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco informuje każdego wykonawcę o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Tymczasem w niniejszym postępowaniu w trakcie trwania aukcji elektronicznej wystąpił błąd, w wyniku którego odwołujący nie otrzymywał aktualnej informacji o najkorzystniejszej ofercie. W sposób prawidłowy nie zadziałał bowiem mechanizm automatycznego odświeżania rankingu oferentom, w konsekwencji czego odwołujący widział nieaktualną informację dotyczącą pozycji jego oferty, jak również punktacji najkorzystniejszej oferty. Z treści otrzymanej przez niego informacji wynikało bowiem, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą mimo, iż w rzeczywistości ofertą najkorzystniejszą była już oferta wykonawcy PKP Cargo. Wystąpienie tego błędu potwierdza oświadczenie złożone przez administratora platformy elektronicznej eB2B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz zapisy w logach postępowania, w tym także ich rozszerzenie (przedłożone rozszerzenia logów aukcji zawierają dane sekundowe, a więc takie dane o jakie w trakcie rozprawy wnosil przystępujący). Z zapisów tych jednoznacznie wynika, iż o godz. 10:47:25 odwołujący otrzymał informację, iż jego oferta zajmuje miejsce pierwsze, mimo, iż o godz. 10:47:21 ofertę najkorzystniejszą złożył wykonawca PKP Cargo i to oferta tego właśnie wykonawcy (PKP Cargo) była już ofertą najkorzystniejszą. Tym samym odwołujący widział nieaktualną informację o rankingu, a przyczyną tego rodzaju sytuacji były okoliczności, które nie leżały po stronie tego wykonawcy, a tylko i wyłącznie po stronie administratora platformy aukcyjnej. Dlatego też Izba uznała, iż zarzuty odwołującego potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty przedłożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 578,44 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....