

Sygn. akt: KIO 1086/12

WYROK

z dnia 15 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2012 r. przez wykonawcę: **Monikę Kołodziej prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą SIGMA Monika Kołodziej w Katowicach (40-154), ul. Korfantego 141B** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach (40-022), ul. Damrota 16-18**

przy udziale wykonawcy: **Minova Ekochem S.A. w Siemianowicach Śląskich (41-100), ul. Budowlana 10** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania w zakresie części IV na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach (40-022), ul. Damrota 16-18** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

Monikę Kołodziej prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą SIGMA Monika Kołodziej w Katowicach (40-154), ul. Korfantego 141B tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w Katowicach (40-022), ul. Damrota 16-18** na rzecz wykonawcy: **Moniki Kołodziej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą SIGMA Monika Kołodziej w Katowicach (40-154), ul. Korfantego 141B** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego i obejmującą koszty wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa półmasek jednorazowego użytku do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2013 r.” zostało wszczęte przez Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2012/S 20-032710) w dniu 31 stycznia 2012 r.

Pismem z dnia 18 maja 2012 r. Zamawiający poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia m.in. o wykluczeniu z udziału w postępowaniu w ramach części czwartej wykonawcy: Moniki Kołodziej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą SIGMA Monika Kołodziej w Katowicach.

W dniu 28 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Monikę Kołodziej, zwaną dalej Odwołującym.

W dniu 10 maja 2012 r. wykonawca: Minowa Ekochem S.A. w Siemianowicach Śląskich, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie części IV zamówienia. W ocenie Odwołującego, sposób sformułowania treści SIWZ skutkuje brakiem możliwości ustalenia, czy warunek został

spełniony, tym samym warunek ten nie mógł być powodem wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 22 ust. 1 i ust. 2 Pzp poprzez nieprawidłowe sformułowanie warunku określonego w Rozdziale II w pkt 1 ppkt 1.3 SIWZ nie pozwalające na stwierdzenie spełnienia lub nie tego warunku przez wykonawców,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo braku przesłanek wykluczenia określonych w tym przepisie,
4. art. 91a ust. 1 poprzez niedopuszczenie do udziału w aukcji elektronicznej Odwołującego pomimo, że jego oferta nie powinna być uznana za odrzuconą,
5. art. 91 b ust. 1 poprzez nie dokonanie zaproszenia Odwołującego, do udziału w aukcji elektronicznej pomimo, że jego oferta nie powinna być uznana za odrzuconą.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert, ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, w tym z udziałem Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą. Wnosił on o odrzucenie odwołania, ewentualnie jego oddalenie.

Stanowisko Przystępującego:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izbą. Popierał on w całości stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W szczególności Izba uznała, iż odwołanie nie podlegało odrzuceniu, z uwagi na fakt, iż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie o co wnosili Zamawiający i Przystępujący. W uznaniu składu orzekającego głównym zarzutem, na którym oparte zostało w głównej mierze odwołanie, było twierdzenie o nieuprawnionym wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Czynność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jest czynnością, o dokonaniu której Zamawiający zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp jest zobowiązany zawiadomić wszystkich wykonawców. Oczywistym jest, że zobowiązany jest on tym samym do przesłania informacji o dokonaniu tej czynności w szczególności wykonawcy, o którego wykluczeniu postanowił. Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, iż właściwą podstawą prawną dla ustalenia terminu na wniesienie odwołania wobec czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu jest art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Jak przyznał w toku posiedzenia z udziałem stron Zamawiający, przed dniem 18 maja 2012 r. nie informował on Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, czy też odrzuceniu złożonej przez niego oferty. Dlatego też, w ocenie składu orzekającego, nie było podstaw, aby uznać, iż rozpoznawane odwołanie wniesione zostało po upływie terminu określonego w ustawie.

Na powyższe ustalenia nie może mieć wpływu okoliczność, że Odwołujący z przekazanej mu kopii odwołania wniesionego w sprawie KIO 792/12 mógł powziąć wiadomość, iż Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną bez jego udziału. W świetle obowiązujących przepisów informację o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu, czy też odrzuceniu złożonej przez niego oferty, Zamawiający zobowiązany jest przesłać wykonawcom już po zamknięciu aukcji elektronicznej. Nieuzasadnionym byłoby, wobec faktu, iż Zamawiający nie poinformował Odwołującego przed otwarciem aukcji o fakcie jego wykluczenia z udziału w postępowaniu, oczekiwać od Odwołującego, aby ten wnosił odwołanie wobec czynności wykluczenia jeszcze przed dniem przekazania mu informacji o jej dokonaniu. Faktem jest, iż przepisy, jak to już zostało wskazane, dopuszczają możliwość przekazywania informacji o wykluczeniu już po zamknięciu aukcji, niemniej jednak wskazać należy, iż zamawiający korzystający z tej możliwości czynią to na własne ryzyko. Postępując w ten sposób, powinni oni dopuszczać możliwość zaistnienia sytuacji, gdy już po zamknięciu aukcji, wykonawcy wykluczeni z udziału w postępowaniu, czy też ci, których oferty zostały odrzucone, a zatem wszyscy ci, którzy nie zostali zaproszeni do wzięcia udziału w aukcji, będą mieli możliwość kwestionowania prawidłowości czynności Zamawiającego odnoszących się do nich właśnie i z tej możliwości skorzystają.

Postulowanym stanem, zwiększającym przejrzystość postępowania, a także zabezpieczającym należycie interesy Zamawiającego, jest zatem informowanie wykonawców o fakcie ich wykluczenia, czy też odrzucenia złożonych przez nich ofert, jeszcze przed otwarciem aukcji. Pozwoliłoby to bowiem wykluczyć możliwość pominięcia w gronie zaproszonych do udziału w aukcji wykonawców tych, których Zamawiający pierwotnie zaprosić nie zamierzał. Nie przekazanie informacji o wykluczeniu przed rozpoczęciem aukcji pozbawia wykonawcę możliwości skutecznego zakwestionowania czynności Zamawiającego. Wobec faktu, iż o dokonaniu tej czynności zamawiający jest bezwarunkowo zobowiązany poinformować wykonawcę zgodnie z art. 92 ustawy Pzp, w ocenie składu orzekającego niewłaściwym jest ustalanie terminu na wniesienie odwołania wobec czynności wykluczenia na podstawie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten odnosi się do czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 tegoż artykułu, co powoduje, w ocenie składu orzekającego, iż w odniesieniu do czynności Zamawiającego, o których zobowiązany jest on przesłać informację wykonawcom, niewłaściwym jest ustalanie terminu na wniesienie odwołania w oparciu o regulację ustępu trzeciego. Dlatego też sam fakt przekazania Odwołującemu kopii powoływanego odwołania, nie może zostać uznany za przesłanie mu informacji o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu. Między stronami nie było sporne to, iż informację od Zamawiającego o dokonaniu tej czynności Odwołujący otrzymał dopiero w piśmie z 18 maja 2012 r.

Nieistotną jest również okoliczność, iż odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 792/12 zawarte zostały zarzuty zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. W ocenie Zamawiającego i Przystępującego miało to stanowić informację dla Odwołującego, stanowiącą podstawę dla wniesienia własnego odwołania. Stanowisko to uznać należy za błędne. Odwołania, w świetle art. 180 ustawy Pzp, wnosi się wobec czynności Zamawiającego, nie zaś wobec ustaleń dokonanych przez innych uczestników postępowania. Dlatego też, nieuzasadnionym byłoby oczekiwanie od Odwołującego, aby ten wnosił odwołanie wobec domniemanych czynności Zamawiającego, których zaniechanie zarzucał mu inny z wykonawców biorących udział w tym postępowaniu.

Nie mogła zostać tu również uwzględniona argumentacja Zamawiającego i Przystępującego odwołująca się do orzeczeń Izby wydanych w sprawach KIO 271/12 i KIO 299/12. Czym innym bowiem, w ocenie składu orzekającego, jest odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty jednego z wykonawców, wobec faktu zaproszenia go do udziału w aukcji elektronicznej, a czym innym odwołanie wobec czynności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, w którym Zamawiający zaprasza innych wykonawców do udziału w aukcji. Sam fakt zaproszenia do udziału w aukcji, w świetle art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, przesądza

jednoznacznie, że Zamawiający dokonał oceny złożonych mu ofert i uznał, iż nie podlegają one odrzuceniu. Pozwala to wykonawcom w sposób jednoznaczny (o ile grono wykonawców, którzy potencjalnie do udziału w aukcji mogą być zaproszeni, nie jest zbyt szerokie) na tym etapie postępowania wnosić zarzuty wobec zaniechania odrzucenia takich ofert, w przypadku gdy uznają oni takie odwołanie za zasadne. Jak to zostało wskazane, przekazanie informacji o zaproszeniu do udziału aukcji przesądza o uznaniu przez zamawiającego, iż oferty wykonawców zaproszonych odrzuceniu nie podlegają. Nie można jednak oczekiwać, aby fakt przekazania zaproszenia do udziału w aukcji, który nie musi być komunikowany przez Zamawiającego wykonawcom do aukcji niezaproszonym, stanowił wyznacznik dla ustalenia terminu na wniesienie odwołania wobec czynności wykluczenia wykonawcy z udziału w takim postępowaniu. Wykonawca, którego zamawiający nie poinformował o jego wykluczeniu, nie może skutecznie wnieść odwołania wobec takiej czynności. O ile uznać można, iż dowiedziawszy się o fakcie zaproszenia innych uczestników postępowania do udziału w aukcji może on powziąć wątpliwości co do prawidłowości czynności zamawiającego, to nie można oczekiwać od niego, aby wnosił tylko w oparciu o tę informację odwołanie wobec jego wykluczenia. Wykonawca, nie znając zarzutów stawianych przez zamawiającego wobec jego oferty i dokumentów do niej załączonych, nie może wobec takiej czynności zamawiającego wnosić odwołania. W tym miejscu zaznaczyć należy, że w odpowiedzi na odwołanie wniesione w sprawie KIO 792/12 Zamawiający stwierdza, że oferta Odwołującego w niniejszej sprawie nie odpowiada wymaganiom SIWZ, co zdawałoby się przesądzać o jej odrzuceniu, tymczasem ostatecznie wykonawca ten został wykluczony z udziału w postępowaniu. Informacja o powodach tego wykluczenia zawarta została w rozpoznawanej sprawie dopiero w piśmie z 18 maja 2012 r. Data przesłania tegoż pisma, w świetle art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, stanowi zdarzenie, od którego należy liczyć bieg terminu na wniesienie tego właśnie odwołania.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także, jako znaną jej z urzędu, dokumentację postępowania odwoławczego w sprawie KIO 792/12.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt I.6.1-6.6 i 6.8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zawarł opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,

zaś zgodnie z pkt I.6.7, w pkt II.2 SIWZ zawarł wykaz dokumentów, które wykonawca był zobowiązany złożyć wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. W pkt II.1.3 SIWZ zawarty został zapis następujący: „*W przypadku oferowania półmasek jedнокrotnego użytku, które wcześniej nie były użytkowane w kopalniach KHW S.A., Zamawiający wymaga przedstawienia prób ruchowych, w co najmniej dwóch kopalniach należących do KHW S.A. W tym celu, firmy zainteresowane wzięciem udziału w postępowaniu, powinny w ciągu 20 dni od daty ukazania się ogłoszenia na stronie internetowej Zamawiającego, przekazać nieodpłatnie co najmniej 50 szt. przedmiotowego produktu do dwóch kopalń KHW S.A. Zamawiający zobowiązuje się do przekazania wyniku przeprowadzonych prób ruchowych w terminie 14 dni roboczych od daty przekazania.*”

Odwołujący, który pierwotnie do złożonej przez siebie oferty nie załączył opinii sporządzonych w imieniu kopalni należących do KHW S.A., w odpowiedzi na wezwanie z dnia 22 marca 2012 r. do ich uzupełnienia, przedstawił Zamawiającemu takie opinie.

Zamawiający w dniu 17 kwietnia 2012 r., po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej wybrał ofertę najkorzystniejszą w zakresie części IV.

Następnie, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, wykonując wyrok wydany w sprawie KIO 792/12, unieważnił on aukcję elektroniczną oraz przeprowadził ponowną ocenę ofert. Dokonanie tych czynności znajduje odzwierciedlenie w pkt 17 protokołu postępowania.

Zamawiający, pismem z dnia 18 maja 2012 r. poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu o wykluczeniu z udziału Odwołującego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują w części oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż nie podlega jej rozpoznaniu zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe sformułowanie warunku określonego w pkt II.1.3 SIWZ. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp odwołanie wobec postanowień SIWZ wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej.

W rozpoznawanej sprawie, zgodnie z protokołem postępowania, SIWZ była udostępniona na stronie internetowej od dnia 31 stycznia 2012 r. Oczywistym jest zatem, iż zarzut ten uznać należy za spóźniony.

W ocenie Izby za zasadny uznać należało zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. W świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby oczywistym jest, iż przepis ten odnosi się do warunków podmiotowych, odnoszących się do właściwości indywidualnych wykonawcy. Także do tych warunków odnosi się regulacja art. 138c ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Dlatego też jedynie w przypadku, gdy zamawiający ustali, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp lub braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest wykluczyć takiego wykonawcę z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie, Izba ustaliła, iż Odwołujący wykazał w sposób wystarczający, że opinie sporządzone przez kopalnie należące KHW S.A. nie mogą zostać uznane za dokument potwierdzający spełnianie warunków podmiotowych. Ich treść odnosiła się bowiem jednoznacznie, nie do warunków indywidualnych Odwołującego, ale do właściwości oferowanego przez niego asortymentu. Tym samym dokumenty te nie mogły zostać uznane za mogące potwierdzać fakt spełniania warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie, ich treść nie mogła przesądzić o fakcie wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo braku podstaw do dokonania takiej czynności. Potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także art. 91a ust. 1 oraz 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej Odwołującego.

Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego złożonymi w toku rozprawy przed Izbą po dokonaniu w wyniku wykonania wyroku wydanego w sprawie KIO 792/12 czynności unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej w ramach części IV zamówienia nie kierował on do wykonawców zaproszenia do kolejnej aukcji. Oświadczył on również, że w jego ocenie oferty złożone przez trzech wykonawców, nie licząc Odwołującego, nie podlegają odrzuceniu. Zgodnie z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp, wobec faktu, iż w pkt II.2.7

SIWZ oraz pkt IV.2.2) ogłoszenia o zamówieniu przewidział on przeprowadzenie aukcji elektronicznej, uznać należy, że na obecnym etapie powinien on w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadzić po raz wtóry aukcję elektroniczną. W ocenie składu orzekającego jest to niedopuszczalne. Izba podziela w tym zakresie pogląd wyrażony w orzeczeniach wydanych w sprawach KIO 2555/11 i KIO 138/12.

Zgodnie z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, jeżeli przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu przeprowadzenie aukcji elektronicznej, w sytuacji gdy złożono mu co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadza taką aukcję. Brzmienie tego przepisu pozwala stwierdzić, iż w przypadku gdy zamawiający zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu informację o zamiarze przeprowadzenia aukcji nie może odstąpić od jej przeprowadzenia, o ile złożono mu co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Innymi słowy, po spełnieniu się przesłanek jej przeprowadzenia, aukcja elektroniczna staje się obligatoryjnym elementem postępowania o udzielenie zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości zwolnienia Zamawiającego z obowiązku jej przeprowadzenia.

Zgodnie z art. 91c ust. 4 ustawy Pzp oferta wykonawcy przestaje go wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej, zaś bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu. Przepis ten nie pozostawia wątpliwości, iż wykonawca składając postąpienie dokonuje modyfikacji treści złożonej przez siebie oferty, która w swej pierwotnym brzmieniu, mniej korzystnym dla zamawiającego niż wynikające z postąpienia, przestaje go wiązać. Postąpienie uznać należy zatem za oświadczenie woli wykonawcy, które w świetle regulacji ustawy Pzp, stanowi modyfikację pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy stanowiącego jego ofertę realizacji przedmiotu zamówienia na ściśle określonych warunkach. W ocenie Izby przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości ingerowania przez Zamawiającego w treść oferty wykonawcy innej, niż przewiduje to art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp. Tymczasem w przypadku aukcji elektronicznej przepisy te, zgodnie z art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, nie znajdują zastosowania.

Na marginesie zauważyć należy, iż zgodnie z art. 91c ust. 3 zdanie drugie do momentu zamknięcia aukcji nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców. Z przepisu tego wynika, w ocenie Izby, iż celem ustawodawcy było pozbawienie każdego z wykonawców biorących udział w aukcji możliwości identyfikacji podmiotów składających kolejne, korzystniejsze postąpienia. Na obecnym etapie, gdy Zamawiający unieważnił pierwotnie przeprowadzoną aukcję, wykonawcy biorący w niej udział wiedzą lub z łatwością mogą się dowiedzieć, który z nich jakie postąpienia w toku aukcji złożył.

Uwzględniając powołane przepisy Izba uznała, iż Zamawiający nie jest władny unieważnić aukcji elektronicznej, a następnie przeprowadzić ją ponownie. Mógłby on unieważnić jedynie samo zaproszenie do udziału w tejże aukcji i to tylko do czasu jej otwarcia. Fakt otwarcia aukcji oraz złożenia przez wykonawców kolejnych postępień, a tym samym zmiana przez nich treści złożonych pierwotnie ofert, w sytuacji, gdy krąg podmiotów zaproszonych do udziału w aukcji nie był pełen (zamawiający bezpodstawnie pominął w zaproszeniu choćby jednego z wykonawców, którego oferta nie podlegała odrzuceniu), obciąża całe postępowanie o udzielenie zamówienia wadą, która nie może być konwalidowana. Dopuszczenie możliwości unieważnienia aukcji elektronicznej oznaczałoby zgodę na ingerowanie w treść ofert wykonawców – rodziłoby konieczność pominięcia (uznania za niebyłe) treści postępień złożonych przez wykonawców w toku aukcji. Zgodnie z art. 192 ust. 3 ustawy Pzp Izba może nakazać zamawiającemu wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie jego czynności. Nie może ona jednak ingerować w czynności dokonywane przez wykonawców.

W rozpoznawanej sprawie wykazane zostało, że Odwołujący został bezpodstawnie wykluczony z udziału w postępowaniu, a tym samym pozbawiony możliwości wzięcia udziału w unieważnionej aukcji. Na obecnym etapie postępowania uznać należy, że takie działanie Zamawiającego mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Nie sposób bowiem przewidzieć, jak potoczyłaby się aukcja elektroniczna z udziałem Odwołującego. Obowiązek przeprowadzenia aukcji, jak to już zostało wspomniane, wynika z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie, wobec potwierdzenia się zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i braku innych zarzutów odnoszących się do jego oferty, uznać należy, iż w ramach części IV zamówienia zostały złożone cztery oferty niepodlegające odrzuceniu. Tym samym każdy z tych wykonawców powinien zostać zaproszony do udziału w aukcji. Koniecznym było zatem przeprowadzenie przez Zamawiającego po raz drugi aukcji elektronicznej w ramach części IV zamówienia. Z powodów omówionych powyżej, zdaniem Izby, jest to niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy.

Tak poczynione ustalenia zdaniem Izby przesądzają o niemożliwości uwzględnienia żądania Odwołującego i nakazania Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, w tym z udziałem Odwołującego. W świetle dotychczasowego orzecznictwa, Izba, która, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, nie doznaje takiego ograniczenia w odniesieniu do żądań przez wykonawcę formułowanych. Orzekając o zasadności zarzutów,

zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W rozpoznawanej sprawie, w ocenie składu orzekającego, działania podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia uniemożliwiają dalsze jego prowadzenie. Dokonane przez Izbę ustalenia pozwalają uznać, że w postępowaniu tym doszło do rażącego (nieodwracalnego) naruszenia przepisów, obciążającego to postępowanie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Podstawę dla unieważnienia takiej umowy stanowić może art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Uznać bowiem należy, że jeśli w ocenie ustawodawcy Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, w przypadku dokonania przez Zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, to tym bardziej Zamawiający, w wyniku samokontroli postępowania, może unieważnić nieprawidłowo prowadzone postępowanie. Rodzi to tym samym konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Podobnie Izba w orzeczeniach wydanych w sprawach KIO 619/12, KIO 620/12 oraz KIO 356/12.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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 wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. a) i b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Wobec niezłożenia przez Odwołującego odpowiednich rachunków, Izba nie zasądziła na jego rzecz zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: