

**WYROK**

**z dnia 12 lutego 2014 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 lutego 2014 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2014 roku przez **Odwołującego – Hutę Łabędy S.A. z siedzibą w Gliwicach**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju**.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – Hutę Łabędy S.A. z siedzibą w Gliwicach**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – Hutę Łabędy S.A. z siedzibą w Gliwicach**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Odwołującego – Huty Łabędy S.A. z siedzibą w Gliwicach**, na rzecz **Zamawiającego - Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju**, kwotę **3.947 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

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 Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

W dniu 31 stycznia 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (dalej jako: „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca - Huta Łabędy Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach (dalej jako: „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę do kopalń JSW S.A. obudowy chodnikowej w łącznej ilości 12 029 693 kg z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy” prowadzi Zamawiający - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Logistyki Materiałowej. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 236-410981.

Odwołanie wniesiono wobec:

1. czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu, że aukcja elektroniczna przeprowadzona w dniu 14 stycznia 2014 r. w zadaniu 1, zadaniu 3 i zadaniu 4 została przeprowadzona nieprawidłowo z powodu „problemów technicznych”, czym Zamawiający naruszył art. 91a ust. 4, art. 91c oraz art. 7 ustawy Pzp;
2. zaniechania przez Zamawiającego dokonania szczegółowego wyjaśnienia przyczyn „problemów technicznych”, na które powołali się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MONTER” O..... K..... (pełnomocnik), INTERSTALEX P..... K..... – B..... (dalej jako: „O..... K..... PW „MONTER”), czym Zamawiający naruszył art. 91a ust. 4, art. 91c oraz art. 7 ustawy Pzp;
3. czynności Zamawiającego polegającej na ponownym przeprowadzeniu (powtórzeniu) aukcji elektronicznej w zadaniu 1, zadaniu 3 i zadaniu 4 w dniu 24 stycznia 2014 r., pomimo, iż aukcja elektroniczna jest jednoetapowa, a aukcja z dnia 14 stycznia 2014 r. została przeprowadzona w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami Pzp, czym Zamawiający naruszył art. 91a ust. 4, art. 91c oraz art. 7 ustawy Pzp;
4. zaniechania przez Zamawiającego czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, wyłonionej w toku pierwszej aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 14 stycznia 2014 r., czym Zamawiający naruszył art. 91a ust. 4, art. 91c oraz art. 7 ustawy Pzp;
5. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze w zadaniu 1, zadaniu 3 i zadaniu 4 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w wyniku przeprowadzenia drugiej aukcji elektronicznej w dniu 24 stycznia 2014 r., czym Zamawiający naruszył art. 91a ust. 4, art. 91c oraz art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej w zadaniu 1, zadaniu 3 i zadaniu 4 w dniu 24 stycznia 2014 r., z uwagi na fakt, iż aukcja ta nie powinna zostać przeprowadzona;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego w zadaniu 1, zadaniu 3 i zadaniu 4 złożonej w wyniku przeprowadzenia drugiej aukcji elektronicznej w dniu 24 stycznia 2014 r.;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania w zadaniu 1, zadaniu 3 i zadaniu 4 wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego z cenami, które zostały przez Odwołującego zaoferowane w toku pierwszej aukcji elektronicznej w dniu 14 stycznia 2014 r.;
5. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż jest jednym z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oferta Odwołującego we wszystkich trzech zadaniach, których dotyczy odwołanie, w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dniu 14 stycznia 2014 r. jest ofertą najtańszą, co z uwagi na jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu, jakim jest cena, czyni ją równocześnie najkorzystniejszą.

W wyniku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 14 stycznia 2014 r. oferta Odwołującego była najtańsza w zadaniu 1, zadaniu 3 i zadaniu 4. Odwołujący zaoferował w tym dniu następujące ceny:

- zadanie 1: cena netto 1 kg przedmiotu zamówienia + cena netto transportu za 1 kg do składów konsygnacyjnych - 3,24 zł,
- zadanie 3: cena netto 1 kg przedmiotu zamówienia + cena netto transportu za 1 kg do składów konsygnacyjnych - 3,24 zł,
- zadanie 4: cena netto 1 kg przedmiotu zamówienia + cena netto transportu za 1 kg do składów konsygnacyjnych - 3,43 zł.

Natomiast w wyniku aukcji przeprowadzonej w dniu 24 stycznia 2014 r. oferta Odwołującego w każdym z trzech zadań będących przedmiotem odwołania co prawda była najtańsza, a tym samym najkorzystniejsza, niemniej jednak Odwołujący wygrał aukcje w dniu 24 stycznia 2014 r. z cenami niższymi niż w aukcjach przeprowadzonych w dniu 14 stycznia 2014 r. tj.:

- zadanie 1 cena netto 1 kg przedmiotu zamówienia + cena netto transportu za 1 kg do składów konsygnacyjnych - 2,97 zł,
- zadanie 3 cena netto 1 kg przedmiotu zamówienia + cena netto transportu za 1 kg do składów konsygnacyjnych - 2,97 zł,

- zadanie 4 cena netto 1 kg przedmiotu zamówienia + cena netto transportu za 1 kg do składów konsygnacyjnych - 2,99 zł.

Różnica pomiędzy cenami zaoferowanymi przez Odwołującego w dniu 14 stycznia 2014 r. a cenami zaoferowanymi w dniu 24 stycznia 2014 r. stanowi szkodę Odwołującego. Gdyby Zamawiający bezpodstawnie nie powtórzył aukcji przeprowadzonej w dniu 14 stycznia 2014 r., oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą we wszystkich trzech zadaniach (1, 3 i 4), a tym samym Odwołujący zawarłby z Zamawiającym umowę opiewającą na wyższe kwoty, wg stawek za kg przedmiotu zamówienia zaoferowanych 14 stycznia 2014 r. Rozstrzygnięcie odwołania poprzez jego uwzględnienie, spowoduje, iż w tym zakresie możliwe będzie stwierdzenie prawidłowego przebiegu postępowania i zapewnienie traktowania równego oraz zgodnego z przepisami Pzp wszystkim Wykonawcom, w tym Odwołującemu.

Odwołanie zostało wniesione w dniu 31 stycznia 2014 roku czyli w terminie przewidzianym w art. 182 ustawy Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 31 stycznia 2014 r., z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Wpis od odwołania w odpowiedniej wysokości został uiszczony na rachunek UZP.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że w dniu 09.01.2014 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej w zadaniu 1, zadaniu 3 i zadaniu 4 - wyznaczonej na dzień 14 stycznia 2014 r. na godzinę 14.00. Aukcja elektroniczna odbyła się w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie i o wyznaczonej godzinie. W wyniku przeprowadzenia aukcji w dniu 14 stycznia 2014 r. oferta Odwołującego była najtańsza w zadaniu 1, zadaniu 3 i zadaniu 4.

Zamawiający po przeprowadzeniu aukcji, w dniu 15 stycznia 2014 r., wysłał do Odwołującego korespondencję drogą poczty elektronicznej, w której przekazał Odwołującemu tabelę do wypełnienia cenami, które Odwołujący zaoferował w toku aukcji w dniu 14 stycznia 2014r. Zamawiający nie zgłosił w tamtym czasie, iż w trakcie prowadzenia aukcji wystąpiły jakiegokolwiek problemy techniczne, leżące po stronie Zamawiającego, względnie platformy aukcyjnej login trade. Zamawiający na swojej stronie internetowej zamieścił informację o wynikach aukcji elektronicznej z dnia 14 stycznia 2014 r. Pismo nie zawiera daty, dane dostępne na stronie Zamawiającego również nie pozwalają na ustalenie daty jego umieszczenia.

W dniu 21 stycznia 2014 r. Zamawiający drogą poczty elektronicznej oraz faksem, a w dniu 23 stycznia 2014 r. również pisemnie (pocztą) przekazał Odwołującemu pismo datowane na dzień 21 stycznia 2014 r. W piśmie tym Zamawiający poinformował Odwołującego, iż z powodu problemów technicznych, które wystąpiły podczas trwania aukcji elektronicznej w dniu 14.01.2014 r. postanowił powtórzyć aukcję. Równocześnie

Zamawiający przekazał zaproszenie do powtórnej aukcji elektronicznej wyznaczonej na dzień 24 stycznia 2014r. na godz. 9.30. Nie wskazał żadnych szczegółowych przyczyn, które uzasadniałyby unieważnienie wyników aukcji z dnia 14 stycznia 2014 r.

W związku z powyższym, w dniu 23 stycznia 2014 r. Odwołujący wysłał do Zamawiającego faksem, pocztą elektroniczną oraz pocztą tradycyjną pismo, w którym zwrócił się z wnioskiem o wskazanie szczegółowych przyczyn unieważnienia wyników aukcji przeprowadzonej w dniu 14 stycznia 2014 r. z prośbą o ustosunkowanie się do godz. 14.30 dnia 23 stycznia 2014 r. Pismo zostało wysłane faksem oraz pocztą elektroniczną. Z uwagi na fakt, iż do godz. 14.30 dnia 23 stycznia 2014 r. Zamawiający nie udzielił Odwołującemu odpowiedzi na to pismo, Odwołujący jeszcze tego samego dnia - 23 stycznia - wystąpił do Zamawiającego z pismem, w którym wskazał, iż zamierza złożyć odwołanie w przedmiocie nieprawidłowej czynności unieważnienia aukcji z dnia 14 stycznia 2014 r. i zwrócił się o przełożenie aukcji zaplanowanej na dzień 24 stycznia 2014 r. na termin przypadający po rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie. Do momentu przeprowadzenia aukcji w dniu 24 stycznia 2014 r. Zamawiający na pismo nie odpowiedział.

W dniu 24 stycznia 2014 r. od godz. 9.30 trwały równolegle trzy aukcje - w zadaniu 1, zadaniu 3 i w zadaniu 4. W każdym z tych zadań Odwołujący zaoferował najniższą cenę. W dniu 27 stycznia 2014 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego wniosek o udostępnienie protokołu postępowania oraz ponowny wniosek o ustosunkowanie się do pisma z dnia 23 stycznia 2014 r. znak pisma PTZ/09/2014. W odpowiedzi Zamawiający w dniu 27 stycznia 2014 r. przekazał Odwołującemu drogą poczty elektronicznej kopię protokołu postępowania, w którym fakt unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dniu 14 stycznia 2014 r. oraz przeprowadzenia kolejnej aukcji w dniu 24 stycznia 2014 r. nie został w żaden sposób odnotowany.

W dniu 28 stycznia 2014 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo, w którym wskazał jedynie, że: *„w trakcie aukcji elektronicznej stanowiącej drugi etap przetargu nieograniczonego na dostawy do kopalni JSW obudowy chodnikowej wystąpiły problemy techniczne, które uniemożliwiły Konsorcjum, reprezentowanemu przez O..... K..... PW „MONTER” dokonywanie kolejnych postępień. Z podobnymi trudnościami napotkał się w trakcie aukcji inny Wykonawca DREMEX sp. z o.o. Ponadto członkowie Komisji przetargowej, którzy śledzili przebieg aukcji stwierdzili, iż w zależności od wykorzystanej przeglądarki internetowej postąpienia poczynione w trakcie aukcji przedstawiane były inaczej, a niektóre nie ukazały się wcale.”* W ocenie Zamawiającego przedstawione powyżej okoliczności: *„jednoznacznie wskazują, że problemy techniczne O..... K..... PW „MONTER” i spółki Dremex, które pojawiły się w trakcie wskazanej powyżej aukcji elektronicznej*

*spowodowane były przyczynami od nich niezależnymi, uzasadniającymi konieczność powtórzenia aukcji elektronicznej."*

W dniu 29 stycznia 2014 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu 1, zadaniu 3 i zadaniu 4, o czym poinformował Odwołującego drogą poczty elektronicznej. Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający zamieścił również na swojej stronie internetowej.

W dniu 30 stycznia 2014 r. Odwołujący uzyskał wgląd do załączników do protokołu postępowania m.in. w postaci:

- i. raportu z aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 14 stycznia 2014 r.;
- ii. pisma platformy Logintrade S.A. z dnia 17 stycznia 2014 r.;
- iii. pisma wykonawcy O..... K..... PW „MONTER” z dnia 15 stycznia 2014 r.;
- iv. notatki z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 21 stycznia 2014 r. w sprawie powtórzenia aukcji elektronicznej.

Z przepisu art. 91a ust. 4 ustawy Pzp wynika, iż aukcja jest jednoetapowa. Zamawiający przeprowadzając w dniu 24 stycznia 2014 r. aukcję po raz drugi, bez prawnego uzasadnienia, przepis ten naruszył. Zamawiający nie dokonał ponadto unieważnienia czynności aukcji przeprowadzonej w dniu 14 stycznia 2014 r.

Odwołujący wskazał na fakt, iż Zamawiający jest uprawniony, a nawet zobowiązany do powtórnego przeprowadzenia czynności w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w sytuacji, gdy czynność ta jest niezgodna z przepisami Pzp. Nie ma podstaw do unieważniania czynności postępowania oraz powtórnego dokonywania czynności, gdy pierwotnie przeprowadzona czynność była zgodna z prawem, w tym w szczególności z przepisami Pzp. Przeciwnie stwierdzenie prowadzi do sytuacji, w której zamawiający działać mogą wyłącznie w oparciu o swoją uznaniowość, bez podstaw prawnych, co ewidentnie nosić może znamiona naruszenia zasad równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz zasad uczciwej konkurencji. Bezpodstawne unieważnienie wyników aukcji prowadzi do sytuacji, w której konkurenci podmiotu wygrywającego w toku powtórnej aukcji mogą dużo łatwiej przewidzieć np. wysokość postąpień wykonawcy, który wygrał pierwszą aukcję, czy też maksymalny poziom ceny, do której może „zejść” w toku powtórnej aukcji tenże wykonawca.

Odwołujący zaznaczył, iż przed przeprowadzeniem aukcji w dniu 14 stycznia 2014 r. każdy z wykonawców zaproszonych do aukcji miał obowiązek wzięcia udziału w tzw. „aukcji testowej”, co umożliwiałoby sprawdzenie, czy jego system operacyjny prawidłowo współpracuje z platformą aukcyjną, czy bezpieczny podpis elektroniczny, przy użyciu którego składane będą w toku aukcji postąpienia działa prawidłowo. Obowiązek ten został wprost wskazany w zaproszeniu do aukcji - w punkcie 3 - „Opis aukcji”.

Z zaproszenia do aukcji - pkt 2.2, pkt 2.3. i pkt 3 Opisu aukcji - wynikała również możliwość kontaktu telefonicznego wykonawców z działem help desk platformy aukcyjnej w trakcie trwania aukcji (zarówno testowej jak i faktycznej, w dniu 14 stycznia 2014 r.) w przypadku wystąpienia jakichkolwiek problemów.

Z pisma O..... K..... PW „MONTER” z dnia 15 stycznia 2014 r. zawierającego „reklamację na sposób przeprowadzenia aukcji” nie wynika, aby wykonawca ten skorzystał w możliwości kontaktu z działem help desk platformy Logintrade. Z pisma wykonawcy wynika jedynie niczym nie poparte stwierdzenie, że przez ok. 10 minut od złożenia przez niego postąpienia nie były widoczne postąpienia składane przez innych wykonawców do momentu zakończenia aukcji. Z pisma Logintrade z dnia 17 stycznia 2014 r. wynika natomiast, że: „Nie odnotowano żadnych trudności technicznych, które mogłyby mieć negatywny wpływ na aukcje. Zostały przeprowadzone dodatkowe testy, podczas których nie udało nam się wywołać opisanej sytuacji.”

W oparciu o powyższe pisma, pomimo faktu, iż nie dają one podstaw do stwierdzenia, że przyczyny problemów technicznych zgłoszonych przez O..... K..... PW „MONTER” leżały po stronie platformy aukcyjnej Zamawiający podjął decyzję o powtórzeniu aukcji bez przeprowadzenia dalszego postępowania wyjaśniającego, co w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie zasad prowadzenia postępowania.

Z żadnych dokumentów postępowania, w tym z pism Zamawiającego z dnia 21 i 28 stycznia 2014 r. jak również innych załączników do protokołu postępowania, nie wynika, aby z możliwości kontaktu z help desk platformy aukcyjnej Logintrade skorzystał w toku aukcji z dnia 14 stycznia 2014 r. wykonawca O..... K..... PW „MONTER” czy wykonawca DREMEX. W aktach postępowania brak jest jakichkolwiek dokumentów potwierdzających zgłoszenie przez wykonawcę PW „DREMEX” Sp. z o.o., iż napotkał on na problemy techniczne w toku aukcji z dnia 14 stycznia 2014 r. Pomimo tego, Zamawiający w piśmie do Odwołującego

z dnia 28 stycznia 2014 r. wskazał, że ten wykonawca napotkał na podobne problemy techniczne co wykonawca O..... K..... PW „MONTER”.

Wskazać należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma być prowadzone przez Zamawiającego w sposób transparentny i nie budzący wątpliwości co do bezstronności Zamawiającego i zapewniający zasady uczciwej konkurencji. W związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany był wyjaśnić i ustalić, jakiego rodzaju problemy techniczne wystąpiły w toku aukcji oraz, czy przyczyny tych problemów leżały po stronie samego Zamawiającego, platformy aukcyjnej czy też wykonawców biorących udział w aukcji (np. korzystanie z przeglądarki internetowej nie współdziałającej z platformą aukcyjną, nieprawidłowo działający bezpieczny podpis elektroniczny, wadliwie działający sprzęt



komputerowy, niesprawne łącze internetowe). Dopiero w oparciu o tak poczynione szczegółowe ustalenia co do przyczyn problemów technicznych w toku aukcji potwierdzające, że przyczyny te leżą po stronie Zamawiającego lub platformy aukcyjnej, Zamawiający mógł podjąć decyzję o unieważnieniu pierwszej aukcji i przeprowadzeniu kolejnej.

Tymczasem, Zamawiający oparł się na niewykazanym, ani nawet nie uprawdopodobnionym oświadczeniu jednego z wykonawców (który przegrał aukcje elektroniczne), że w toku aukcji wystąpiły problemy techniczne, pomimo jednoznacznego stwierdzenia operatora platformy aukcyjnej Logintrade, że: *„Nie odnotowano żadnych trudności technicznych, które mogłyby mieć negatywny wpływ na aukcje. Zostały przeprowadzone dodatkowe testy, podczas których nie udało nam się wywołać opisanej sytuacji.”* i uznał to stwierdzenie wykonawcy za miarodajną i wystarczającą podstawę ponownego przeprowadzenia

Na marginesie Odwołujący wskazał, że do dnia wniesienia odwołania (31 stycznia 2014 r.) Zamawiający nie dokonał czynności unieważnienia aukcji z dnia 14 stycznia 2014 r. Stanowisko zbieżne ze stanowiskiem Odwołującego w niniejszym odwołaniu zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza m. in. w wyroku z dnia z dnia 25 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2427/11), stwierdzając, że: *„Podejmowanie decyzji o powtórzeniu czynności aukcji elektronicznej z uwagi na wadliwość jej przebiegu może nastąpić tylko w sytuacji, gdy zamawiający nie wykonał swych obowiązków określonych w art. 91c p.z.p.”* a także, że: *„Podstawą do uznania aukcji elektronicznej za wadliwą jest wyłącznie wyjaśnienie, ustalenie i wykazanie, że wadliwy przebieg aukcji wywołany jest przyczyną leżącą po stronie zamawiającego lub platformy aukcyjnej.”*

Mając na względzie całość wskazanych powyżej okoliczności, wnoszono jak na wstępie.

**Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez Zamawiającego, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione z uwagi na stwierdzony przez Izbę po stronie Odwołującego **brak interesu w uzyskaniu danego zamówienia** we wniesieniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Z tego względu Izba odstąpiła od merytorycznego rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów. Jak wskazano bowiem w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: *„Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Niemniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”*.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniesienia lub możliwości poniesienia szkody, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub przewidywana szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi, *„który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia”* (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11).

Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek

ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia Odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkada musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący w chwili wniesienia odwołania nie ma i nie miał interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że jest podmiotem, który uzyskał dane zamówienie, ponieważ w przypadku obu przeprowadzonych aukcji elektronicznych złożył najtańszą ofertę.

Art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych, mające charakter przesłanek materialnoprawnych. Ich zaistnienie nie wpływa na możliwość wszczęcia postępowania odwoławczego, lecz warunkuje uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą wniesionego środka. Wskazany przepis wiąże zatem możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się poprzez będącą następstwem wniesienia odwołania możliwość uzyskania zamówienia, tj. statuuje ochronę przed bezprawnymi czynnościami zamawiającego uniemożliwiającymi (mogącymi uniemożliwić) uzyskanie danego zamówienia. Powyższe w żadnym razie nie odnosi się do jakichkolwiek innych, np. majątkowych interesów wykonawców, które mogą doznać szkody w związku z działaniami zamawiającego. Nadto, korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie nie można sprowadzić do ochrony ogólnie pojętej praworządności i korygowania wszystkich nieprawidłowości, których zamawiający dopuścił się w trakcie postępowania (nieprawidłowości irrelevantnych w stosunku do możliwości uzyskania konkretnego zamówienia przez danego wykonawcę). Nie sposób również upatrywać interesu w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mówi powołany art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w kontekście ewentualnego zagrożeniem unieważnienia umowy, która byłaby zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania.

Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, badany jest na moment wniesienia odwołania.

Biorąc pod uwagę brzmienie powołanego przepisu chodzi zatem nie o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienia uzasadnienia dla prowadzenia postępowania odwoławczego, wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej.

W analizowanej sprawie, w dacie wniesienia odwołania (31 stycznia 2014 r.), aukcja której sposób przeprowadzenia w dniu 14 stycznia 2014 roku (a raczej sposób jej unieważnienia), Odwołujący kwestionuje, została już sfinalizowana z udziałem co najmniej trzech wykonawców. Wynik tej aukcji jest znany: Odwołujący złożył w niej kolejne postąpienia, w konsekwencji których Jego oferta uznana została za najkorzystniejszą. Podobna sytuacja miała miejsce w aukcji powtórzonej przez Zamawiającego w dniu 24 stycznia 2014 roku. Po zakończeniu drugiej z aukcji również oferta Odwołującego była najkorzystniejsza cenowo. Odwołujący uzyskał zatem w następstwie przeprowadzonych aukcji zamówienie, będące przedmiotem postępowania. Stan ten istniał w momencie składania odwołania.

Powyższe czyni zasadnym stwierdzenie, iż po przeprowadzonej aukcji elektronicznej Odwołujący uzyskał zamówienie, co pozbawia Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, skoro jego interes w uzyskaniu zamówienia nie doznał uszczerbku, a przeciwnie – został zrealizowany wygraną aukcją.

Wbrew stanowisku Odwołującego, nie może uzasadniać interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwość – w razie potwierdzenia zasadności zarzutów stawianych w odwołaniu – uzyskania zamówienia na korzystniejszych warunkach, ze względu na wyższą cenę zaoferowaną w toku pierwszej z aukcji. Nie stanowi to bowiem o posiadaniu interesu w uzyskaniu danego zamówienia, a co najwyżej interesu w uzyskaniu zamówienia na dogodniejszych dla zainteresowanego warunkach. Nie jest to jednak interes w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp, którego wykazanie gwarantuje prawidłowość złożenia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Kwestia ta może być rozważana ewentualnie przez pryzmat możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, co jednak nie jest wystarczające w świetle treści powołanego art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uznać można co najwyżej, że Odwołujący składając odwołanie wykazał i udowodnił drugą z przesłanek wynikających z art. 179 ustawy Pzp, mianowicie przesłankę poniesienia szkody.

Powyższe stanowisko potwierdza dotychczasowe orzecznictwo KIO, w tym wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2012 r. w spr. o sygn. KIO 93/12, 10 listopada 2011 r. w spr. KIO 2353/11 oraz 2 kwietnia 2013 roku w spr. o sygn. akt KIO 665/13.

Stąd odwołanie – wobec niewykazania przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia – podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 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 wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości wynikającej z faktury przedłożonej do akt sprawy oraz koszty dojazdu Strony na rozprawę przed Izbą.

**Przewodniczący:**