

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*zakup usługi wsparcia pogwarancyjnego serwerów SuperDome.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 czerwca 2013 r. pod numerem 2013/S 121-207678.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej dla wykonawców innych niż COMPAREX Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „COMPAREX”), pomimo że Krajowa Izba Odwoławcza nie nakazała w wyroku z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2216/13, KIO 2221/13) unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wobec pozostałych zaproszonych wykonawców takich jak ANDRA, QUMAK S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „QUMAK”) oraz S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „S&T”), co w efekcie stanowi naruszenie art. 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 ustawy Pzp oraz zasady związania Zamawiającego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej wywodzonej z art. 185 ust. 7 i art. 197 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 365 § 1 i art. 366 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.), dalej k.p.c.,
- 2) unieważnienia ważnej aukcji elektronicznej, pomimo że Krajowa Izba Odwoławcza nie nakazała unieważnienia przeprowadzonej aukcji elektronicznej w wyroku z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2216/13, KIO 2221/13), co w efekcie stanowi naruszenie art. 91a ust. 1 ustawy Pzp oraz zasady związania Zamawiającego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej wywodzonej z art. 185 ust. 7 i art. 197 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 365 § 1 i art. 366 k.p.c.,
- 3) zaniechania czynności wyboru oferty ANDRA jako oferty najkorzystniejszej, co w efekcie stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp,
- 4) unieważnienia postępowania pomimo, że cena najkorzystniejszej oferty, tj. oferty ANDRA, nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co w efekcie stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
- 5) zaniechania wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2216/13, KIO 2221/13), co w efekcie stanowi naruszenie zasady związania Zamawiającego wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej wywodzonej

z art. 185 ust. 7 i art. 197 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 365 § 1 i art. 366 k.p.c.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności unieważnienia przez Zamawiającego zaproszenia do aukcji elektronicznej wobec pozostałych wykonawców, takich jak ANDRA, QUMAK, S&T,
- b) unieważnienia czynności unieważnienia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej,
- c) unieważnienia czynności unieważnienia przez Zamawiającego postępowania,
- d) dokonania czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ceny zaproponowanej przez ANDRA według ostatniego postąpienia dokonanego przez ANDRA,
- e) dokonania wyboru oferty ANDRA jako najkorzystniejszej oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 7 października 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO”) po rozpoznaniu sprawy wszczętej w wyniku wniesienia odwołania przez Odwołującego (sygn. akt: KIO 2221/13) oraz QUMAK (sygn. akt: KIO 2216/13), wydała wyrok, w którym uwzględniła odwołanie oraz nakazała unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz czynności badania i oceny ofert, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty COMPAREX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, uznania za bezskuteczne zastrzeżenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę udzielonych przez COMPAREX, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz nakazała powtórzenie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Zamawiający, jak podaje Odwołujący, wniósł w dniu 28 października 2013 r. skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie, V Wydział Cywilny Odwoławczy od ww. orzeczenia KIO. Postępowanie przed Sądem Okręgowym w Warszawie, V Wydział Cywilny Odwoławczy, wszczętym na skutek skargi Zamawiającego, toczyło się do połowy lutego 2014 r. i zakończyło się oddaleniem skargi Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że postępowanie odwoławcze prowadzone pod sygn. akt KIO 2216/13, KIO 2221/13 było nakierowane przede wszystkim na wyeliminowanie z postępowania oferty COMPAREX jako zawierającej rażąco niską cenę. Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13) potwierdził, iż oferta COMPAREX zawiera cenę rażąco niską i na tej podstawie powinna zostać odrzucona. W związku z tym, działania Zamawiającego powinny być nakierowane na wyeliminowanie z postępowania oferty COMPAREX, co jednak na gruncie przedmiotowego stanu faktycznego nie następuje. Wręcz przeciwnie, jak twierdzi Odwołujący, Zamawiający dokonuje unieważnienia czynności zaproszenia wobec wszystkich wykonawców uczestniczących w

postępowaniu, co jest zupełnie sprzeczne z wyrokiem KIO z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13), zwłaszcza z dyspozycją, zgodnie z którą KIO nie nakazała unieważnić Zamawiającemu przeprowadzonej już aukcji elektronicznej i odniosła się do tego w wyroku w sposób jasny.

Z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2216/13, KIO 2221/13) wyraźnie wynika, że KIO nie nakazała Zamawiającemu unieważnienia czynności aukcji elektronicznej: *„Izba nie nakazała unieważnienia czynności aukcji elektronicznej, mimo zakwestionowania jej przeprowadzenia przez odwołującego Andra Sp. z o.o. (...)*”. Wobec powyższego, wykonanie przez Zamawiającego wyroku w przywołanym powyżej zakresie ma polegać na zaniechaniu dokonania czynności unieważnienia aukcji elektronicznej. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie dochował jednak tego obowiązku, czego przejawem jest oświadczenie sformułowane w piśmie datowanym na dzień 21 lutego 2014 r., w którym Zamawiający zawiadomił ANDRA: *„informuję, że w związku z oddaleniem przez Sąd Okręgowy skargi złożonej przez Komendę Główną Policji na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2216/13, KIO 2221/13) Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, aukcję elektroniczną oraz czynność zaproszenia do aukcji elektronicznej*”. Powyższe bezpośrednio wskazuje, że Zamawiający nie zastosował się do treści wyroku i zaniechał wykonania wyroku poprzez dokonanie czynności unieważnienia aukcji elektronicznej.

Biorąc pod uwagę powyżej przywołaną dyspozycję KIO, dotyczącą nakazania Zamawiającemu zaniechania unieważnienia przeprowadzonej aukcji elektronicznej, zdaniem Odwołującego, KIO chroni w ten sposób interes Odwołującego. KIO posiada bowiem wiedzę zdobytą na gruncie stanu faktycznego postępowania, jak również stanów faktycznych innych postępowań, w których stroną był Zamawiający i Odwołujący i które dotyczyły analogicznego przedmiotu zamówienia. Z przywołanych powyżej stanów faktycznych jednoznacznie wynika, że instytucja aukcji elektronicznej w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego jest nadużywana i doprowadziła do powstania zjawiska patologicznego. Jak podaje Odwołujący, w znakomitej części postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, daje się zauważyć następujący schemat działania, a mianowicie, COMPAREX w toku aukcji elektronicznej składa oświadczenie, w którym podaje nierealną cenę. W konsekwencji uniemożliwia to składanie innym wykonawcom oświadczeń o kolejnych postąpieniach, ponieważ nie decydują się oni na „przelicytowanie” ceny, która jest rażąco niska. Zamawiający zupełnie nie dopuszcza możliwości modyfikowania wyniku aukcji elektronicznej bezpośrednio po jej zakończeniu, nawet, jeżeli cena oferowana każdorazowo przez tego samego wykonawcę, tj. COMPAREX, jest każdorazowo ceną rażąco niską (rażąco niska cena oferty COMPAREX została potwierdzona m. in. wyrokami KIO z dnia 22 października 2013 r. – sygn. akt: KIO 2354/13 oraz 7 października 2013 r. - sygn. akt :KIO

2216/13, KIO 2221/13). Wobec tego, wykonawcy każdorazowo wnoszą środki ochrony prawnej na wybór przez Zamawiającego oferty COMPAREX jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. Wyroki KIO wydane w przedmiotowych sprawach, pomimo iż uwzględniają stanowisko wykonawców, są zupełnie niespektowane przez Zamawiającego. Zamawiający, w ramach przysługujących mu instrumentów prawnych (zapewniających jednocześnie uprzywilejowaną pozycję w stosunku do wykonawców) skutecznie obchodzi obowiązek wykonywania wyroków KIO. KIO znając schemat prowadzenia przez Zamawiającego postępowań, które w przypadku złożenia przez wykonawców środków ochrony prawnej zazwyczaj kończą się unieważnieniem aukcji lub całego postępowania, na gruncie postępowania praktykę tę skutecznie niweluje.

W związku z tym, na gruncie postępowania, KIO wydała wyrok jednocześnie zastrzegając w sposób wyraźny i czytelny - poprzez zamieszczenie właściwego sformułowania w ostatnim akapicie uzasadnienia, że nie nakazuje Zamawiającemu dokonania unieważnienia aukcji elektronicznej. KIO, biorąc pod uwagę zachowanie Zamawiającego obserwowane na gruncie poprzednich postępowań, przewidziała, że postępowanie lub aukcja elektroniczna mogą zostać przez Zamawiającego unieważnione, więc *expressis verbis* nakazała zachować ważność przeprowadzonej aukcji elektronicznej.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, dokonując unieważnienia aukcji elektronicznej, pomimo braku jakiegokolwiek podstawy, w sposób oczywisty naruszył powszechnie obowiązujące prawo, w tym postąpił sprzecznie z dyspozycją wyroku KIO, którym był związany. Działając w ten sposób, naruszył istotę instytucji, jaką jest aukcja elektroniczna. Unieważnił bowiem skutecznie złożone przez ANDRA oświadczenie woli w postaci postąpienia w przedmiocie ceny ofertowej, czym uniemożliwił wybór oferty ANDRA jako najkorzystniejszej.

Unieważnienie aukcji elektronicznej przez Zamawiającego doprowadziło do powstania sytuacji, w której ocenie podlega wyłącznie oferta Odwołującego złożona w pierwszej części postępowania, tj. przed rozpoczęciem aukcji. Doprowadziło to do powstania sytuacji, w której cena zaproponowana przez ANDRA przekracza budżet Zamawiającego i na tej podstawie unieważnił on całe postępowanie. Jest to schemat znany Odwołującemu, bowiem został już zastosowany przez Zamawiającego w postępowaniu nr 123/BŁH/13/AL. Zamawiający w sposób niezrozumiały nie chce wybrać tańszej oferty, uzyskanej na skutek ważnej aukcji elektronicznej, zgodnie z SIWZ i przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że Odwołujący określił w ofercie złożonej przed aukcją elektroniczną cenę wstępną, która w związku z udziałem Odwołującego w aukcji elektronicznej miała ulec odpowiedniemu zmniejszeniu wraz ze składaniem kolejnych postąpień. Nie ulega wątpliwości, że gdyby nie unieważnienie aukcji elektronicznej, Odwołujący byłby nadal związany złożoną przez siebie ofertą zawierającą ceną

ukształtowaną w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej. W tym aspekcie Odwołujący powołuje się na orzeczenie KIO z dnia 4 września 2013 r. (sygn. akt: KIO 2055/13).

W ocenie Odwołującego, Zamawiający działając w sposób arbitralny, lekceważąc jednocześnie wyrok KIO, unieważnił aukcję, a przez to skuteczne oświadczenie o postąpieniu złożone przez Odwołującego. O bezprawności tego działania Zamawiającego świadczy wyrok KIO z dnia 2 lutego 2012 r. (sygn. akt: KIO 138/12). Odwołujący konstatuje, że Zamawiający niesłusznie unieważnił skutecznie złożone w toku aukcji elektronicznej, a więc nadal wiążące, oświadczenie woli Odwołującego.

Odwołujący zauważył, że zamawiający są uprawnieni, po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, do dokonywania czynności mających na celu dalszą weryfikację złożonych ofert. Nie jest to działanie sprzeczne z prawem, co potwierdza KIO w wyroku z dnia z dnia 27 października 2011 r. (sygn. akt: KIO 2206/11, KIO 2217/11 oraz KIO 2218/11). W związku z tym, obowiązkiem Zamawiającego było dokładne zweryfikowanie poprawności złożonych ofert, w szczególności oferty COMPAREX, której cena w rażący sposób odbiegała od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. W konsekwencji Zamawiający, po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, był zobowiązany do odrzucenia oferty COMPAREX jako zawierającej rażąco niską cenę i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego jako drugiej w rankingu ofert.

Brak dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty COMPAREX jako zawierającej rażąco niską cenę, zobligował Odwołującego do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania, w wyniku którego KIO wydała w dniu 7 października 2013 r. właściwy wyrok (sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13). Tym samym, dopiero w wyniku postępowania odwoławczego doszło do właściwej weryfikacji oferty COMPAREX pod kątem rażąco niskiej ceny. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę dyspozycję KIO wyrażoną w ww. wyroku oraz ważność przeprowadzonej aukcji elektronicznej, uprawnione jest przyjęcie wniosku, zgodnie z którym postępowanie powinno obecnie znajdować się na etapie po weryfikacji złożonych ofert następującej po zamknięciu aukcji elektronicznej. Zamawiający powinien więc odrzucić ofertę COMPAREX jako zawierającą rażąco niską cenę i dokonać wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Taki tok rozumowania nakazuje przyjąć wyrok KIO z dnia 7 lutego 2012 r. (sygn. akt: KIO 138/12). Nadto, wybór oferty Odwołującego jest rozwiązaniem uzasadnionym ze względu na charakter aukcji elektronicznej, o którym mowa w wyroku KIO z dnia 7 lutego 2012 r. (sygn. akt: KIO 138/12).

Odwołujący podkreślił, że unieważnienie przez Zamawiającego aukcji elektronicznej, powoduje w konsekwencji konieczność przeprowadzenia od nowa całej procedury przetargowej, co oznacza znaczące wydłużenie trwania całego przedsięwzięcia inwestycyjnego po stronie Zamawiającego. Natomiast celem Zamawiającego powinien być wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy o zamówienie publiczne w ramach

prowadzonego postępowania.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuzasadniony dokonał unieważnienia postępowania. Odwołujący raz jeszcze podkreślił, że czynność aukcji elektronicznej została przez Zamawiającego unieważniona przy całkowitej ignorancji wyroku KIO z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2216/13, KIO 2221/13), w którym KIO wyraźnie nie nakazała Zamawiającemu unieważnienia czynności aukcji elektronicznej. Na tym etapie postępowania wykonawców wiążą ceny, jakie zaproponowali w toku aukcji elektronicznej. W związku z tym, Zamawiający jest związany wynikami przeprowadzonej aukcji elektronicznej, w tym ceną oferty zaproponowaną przez Odwołującego w złożonym przez nią oświadczeniu o postąpieniu. Całkowicie bezpodstawne jest zatem przyjmowanie przez Zamawiającego, dla potrzeb dokonania badania i oceny ofert, ceny zaproponowanej przez Odwołującego przed aukcją elektroniczną.

Odwołujący podkreślił, że cena oferty Odwołującego ustalona w toku aukcji elektronicznej mieści się kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (cena zaoferowana przez ANDRA – 3.180.000, 00 zł brutto, cena przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia – 3.198.000, 00 zł brutto). Powyższe jednoznacznie wskazuje, że cena oferty ANDRA nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wezwał Zamawiającego do wykonania przedmiotowego wyroku KIO. Zamawiający w piśmie z dnia 5 listopada 2013 r. - stanowiącym odpowiedź na powyższe wezwanie ANDRA, poinformował, iż w związku z tym, że wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2216/13, KIO 2221/13) nie jest prawomocny do czasu rozstrzygnięcia skargi przez Sąd Okręgowy w Warszawie, V Wydział Cywilny Odwoławczy, Zamawiający nie ma obowiązku jego wykonania. Postępowanie przed Sądem Okręgowym w Warszawie, V Wydział Cywilny Odwoławczy, wszczętym na skutek skargi Zamawiającego toczyło się do połowy lutego 2014 r. i zakończyło się oddaleniem skargi Zamawiającego. Pomimo okoliczności, iż wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13) w opinii Zamawiającego stał się „wykonalny”, to jednak Zamawiający nie podejmuje stosownych kroków w celu jego realizacji.

Wobec tego, uznać należy, że Zamawiający znalazł furtkę do obejścia obowiązku wykonania wyroku KIO z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13). Znając realia rozpatrywania spraw przed sądami powszechnymi, w szczególności posiadając wiedzę na temat średniego czasu rozpatrywania spraw, Zamawiający zdecydował o wniesieniu skargi zawierającej zarzuty, które ocenić należy jako nieuzasadnione.

Upór Zamawiającego w ochronie oferty COMPAREX, zwłaszcza w obliczu racjonalnego wyroku KIO, budzi uzasadnione wątpliwości i nakazuje domniemywać, że w tej

sytuacji wniesienie przez Zamawiającego skargi do sądu okręgowego stanowiło nadużycie prawa. Nie negując w tym miejscu prawa Zamawiającego do sądu, Odwołujący odnosi jednak wrażenie, że w tym konkretnym przypadku nie chodziło Zamawiającemu o ochronę słuszných praw, ale wyłącznie o przedłużenie postępowania w celu doprowadzenia do sytuacji, w której wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie będą związani swoimi ofertami ze względu na upływ terminu związania ofertą. Natomiast Zamawiający będzie zwolniony z obowiązku dokonania czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający mógł wykonać wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13), ponieważ aukcja elektroniczna, w tym ceny ustalone w wyniku jej przeprowadzenia, pozostają aktualne i wiążą Zamawiającego.

W orzecznictwie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym po otrzymaniu wyroku KIO z uzasadnieniem, Zamawiający powinien podjąć nałożone na niego obowiązki. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2005 r. (sygn. akt: III CZP 85/05), jeżeli wyrok Zespołu Arbitrów (obecnie Krajowej Izby Odwoławczej) jest skuteczny i wykonalny, to zamawiający zobowiązany jest go wykonać, a ewentualne wniesienie skargi do sądu okręgowego nie wstrzymuje jego wykonania. Na wiążący charakter wyroków KIO wskazuje bogate orzecznictwo, postanowienie KIO z dnia 5 maja 2011 r. (sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11), wyrok KIO z dnia 29 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2244/12), wyrok KIO z dnia 5 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1815/11).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdza, że Zamawiający mógł wykonać nałożone na niego wyrokiem z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13) obowiązki, poczynwszy od dnia wydania wyroku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Wyrokiem z dnia 7 października 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania wniesione przez QUMAK S.A. i Odwołującego i nakazała Zamawiającemu *„unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz czynności badania i oceny ofert, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Comparex Poland Sp. z o. o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę udzielonych przez Comparex Poland Sp. z o. o. w Warszawie jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz nakazuje powtórzenie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej”*. Iza stwierdziła m.in., że oferta Comparex podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, z tych przyczyn, iż złożenie wyjaśnień ogólnikowych i niewystarczających jest zrównane w skutkach prawnych z

sytuacją, gdy wykonawca wyjaśnień elementów mających wpływ na jej cenę nie składa w ogóle. Dalej Izba zważyła, że naruszenia przepisów ustawy, których dopuścił się Zamawiający mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem Comparex otrzymał zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, mimo że złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu. Zaś, nie ulega wątpliwości, że wykonawca, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu nie powinien być uczestnikiem aukcji. Jednocześnie Izba nie nakazała unieważnienia czynności aukcji elektronicznej, mimo zakwestionowania jej przeprowadzenia przez odwołującego Andra Sp. z o.o. Odwołujący nie podniósł bowiem w odwołaniu zarzutów wobec przeprowadzenia aukcji.

Przedmiotowe orzeczenie zostało zaskarżone przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 4 listopada 2013 r. Odwołujący wezwał Zamawiającego do wykonania rzeczonoego wyroku Izby oraz zawarcia umowy. Odwołujący wskazał, że *„wyrok ten winien być przez Zamawiającego wykonany w sposób bezzwłoczny. Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy PZP do czasu orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie Zamawiający nie może zawrzeć umowy. Analogicznej regulacji nie ma w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do środka ochrony prawnej, jakim jest skarga do sądu. Brak podejmowania nakazanych czynności przez Zamawiającego należy uznać za pozostawanie przez Zamawiającego w zwłoce.”*

Pismem z dnia 5 listopada 2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że wykona wszelkie nakazane mu czynności po rozstrzygnięciu przez Sąd Okręgowy w Warszawie skargi wniesionej na przedmiotowe orzeczenie. *„Zamawiający stwierdza z całą stanowczością, iż w wyniku wniesionej przez niego skargi powołany wyrok KIO nie jest prawomocny. Prawomocność jest to bowiem stan prawny odnoszący się bądź to do rozstrzygnięć organów administracyjnych, bądź do orzeczeń sądowych, mający miejsce wówczas, gdy orzeczenie sądowe bądź rozstrzygnięcie organu administracji nie może być zmienione, bądź uchylone poprzez wniesienie środka odwoławczego lub zaskarżenia. W przedmiotowej sprawie Zamawiający wniósł skargę na wyrok KIO. Tym samym wydany wyrok nie jest prawomocny do czasu rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy, a Zamawiający nie ma obowiązku jego wykonania. Zamawiający ze zdziwieniem przyjmuje stanowisko Wykonawcy, który odmawia mu prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Czemu bowiem miałyby służyć instytucja zaskarżenia wyroku KIO, jeżeli mimo tego prawa Zamawiający byłby zmuszony do wykonywania wyroku na życzenie strony. Zamawiający uznaje, że wyrok KIO został wydany z naruszeniem prawa procesowego oraz materialnego i o słuszności jego stanowiska w tym przypadku, rozstrzygnie sąd. Jako organ administracji nie może jednak wykonywać wyroków, które jego zdaniem są niezgodne z prawem. Twierdzenie, że Zamawiający powinien wykonać wyrok, który zaskarżył, jest co najmniej nielogiczne i nie znajduje żadnego uzasadnienia w przepisach prawa. Ponadto całkowicie niezrozumiałe dla Zamawiającego*

jest żądanie zawarcia umowy z Andra Sp. z o.o. Wskazać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza (...) nie nakazała Zamawiającemu zawarcia umowy z tym Wykonawcą. Co więcej nie nakazała wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.”

Pismem z dnia 21 lutego 2014 r. Zamawiający poinformował, „że w związku z oddaleniem przez Sąd Okręgowy skargi (...) Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, aukcję elektroniczną oraz czynność zaproszenia do aukcji elektronicznej.”

Pismem z dnia 28 lutego 2014 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający podał, że w wyniku powtórnej oceny i badania ofert odrzucił ofertę wykonawcy COMPAREX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zaś, wykonawcy Qumak S.A. i S&T Service Polska Sp. z o.o. przestali być uczestnikami postępowania, ponieważ upłynął termin związania ofertą. Zamawiający stanął na stanowisku, „że o ile ustawa dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą Wykonawca nie jest związany nie jest możliwe”. Jedynym uczestnikiem postępowania pozostał Odwołujący i zdaniem Zamawiającego, „w takiej sytuacji Zamawiający nie ma możliwości ponownego zaproszenia Wykonawców oraz przeprowadzenia aukcji elektronicznej.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Aukcja elektroniczna jest jednym z etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, znajdującym zastosowanie po spełnieniu określonych warunków i ma na celu wybór oferty najkorzystniejszej (art. 91a ust. 1 ustawy Pzp). Aukcję elektroniczną poprzedza ocena ofert złożonych w postępowaniu (art. 91b ust. 1 ustawy Pzp), służąca wyłonieniu wykonawców, którzy złożyli oferty niewadliwe, a przez to mogą być zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej. Jednocześnie przeprowadzenie aukcji elektronicznej uwarunkowane jest złożeniem w postępowaniu trzech ofert niepodlegających odrzuceniu (art. 91a ust. 1 ustawy Pzp).

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Odwołujący formułując zarzuty odwołania całkowicie pominął regulacje, które stanowią o istocie aukcji elektronicznej i tym samym domaga się podjęcia czynności, które prowadziłyby do wypaczenia instytucji aukcji elektronicznej i podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Prezentowane przez Odwołującego spojrzenie na aukcję przez pryzmat jedynie określonych czynności z pominięciem warunków niezbędnych do przeprowadzenia prawidłowej aukcji elektronicznej nie pozwoliło Odwołującemu prawidłowo zrekonstruować rozważań Izby przeprowadzonych w uzasadnieniu powoływanego orzeczenia i właściwie

powiązać ich z sentencją wyroku, przy uwzględnieniu jednocześnie okoliczności faktycznych, które winien był uwzględnić Zamawiający wykonując przedmiotowe orzeczenie Izby.

Przechodząc do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego nie można tracić z pola widzenia, że Izba w rzeczonym wyroku nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy COMPAREX uznając, że etap oceny ofert poprzedzający zaproszenie do aukcji elektronicznej obarczony był błędem. Oznacza to jednocześnie, że krąg wykonawców, którzy mogli wziąć udział w aukcji elektronicznej został ustalony wadliwie. W konsekwencji w aukcji elektronicznej uczestniczył wykonawca, który nie powinien być nawet zaproszony do udziału w aukcji.

W tych okolicznościach nie sposób sobie wyobrazić, a czego domaga się Odwołujący, że Zamawiający był uprawniony do unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej jedynie wobec wykonawcy COMPAREX, po uprzednim odrzuceniu jego oferty. Czynności zaproszenia do udziału w aukcji nie można postrzegać jedynie w świetle jednostkowego zaproszenia danego wykonawcy do udziału w aukcji. Z rzeczonym zaproszeniem wiążą się daleko idące skutki, ustalony zostaje krąg wykonawców, którzy uprawnieni są do wzięcia udziału w aukcji, otrzymują oni informację o pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji (art. 91b ust. 2 ustawy Pzp) co powoduje, że wraz z przystąpieniem do aukcji mają wiedzę co do warunków faktycznych i podmiotów względem których konkurują. W związku z powyższym, mając na względzie istotę, charakter i cel przeprowadzania aukcji elektronicznej nie sposób dojść do przekonania, że w okolicznościach niniejszej sprawy wystarczające byłoby unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji względem wykonawcy COMPAREX, przy jednoczesnym utrzymaniu czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wobec pozostałych wykonawców, a w konsekwencji uznanie, że aukcja elektroniczna została przeprowadzona w sposób prawidłowy.

W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego, że brak było podstaw do unieważnienia aukcji elektronicznej, skoro Izba w przywoływanym wyroku nie nakazała wykonania rzeczony czynności, nie zasługuje na aprobatę. W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że Izba nie zobowiązała Zamawiającego do podjęcia spornej czynności, bowiem Odwołujący nie podniósł zarzutów w tym przedmiocie. Okoliczność ta jednoznacznie wybrzmiewa z treści uzasadnienia powoływanego wyroku Izby. Nie jest więc tak, jak zdaje się twierdzić Odwołujący, że intencją Izby było utrzymanie tej czynności w mocy w celu ochrony interesów Odwołującego. Odwołujący w sposób nieuprawniony pomija, z jakich przyczyn Izba nie nakazała unieważnienia czynności aukcji elektronicznej i nie jest to bynajmniej, jak wskazuje Odwołujący, fakt nadużywania instytucji aukcji elektronicznej przez Zamawiającego i doprowadzenie do powstania patologii w tym zakresie w prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach.

Jednocześnie dostrzec należy, o czym już była mowa wyżej, że zaniechanie unieważnienia czynności aukcji elektronicznej nie dałoby się pogodzić z istotą tejże instytucji. To oznaczałoby bowiem, że za prawidłową uznaje się aukcję elektroniczną, w której wziął udział wykonawca nieuprawniony do uczestniczenia w aukcji, w konsekwencji oznaczałoby to konieczność przyjęcia, że warunki brzegowe prowadzonej aukcji (po dokonaniu oceny ofert) nie mają znaczenia, choć nie sposób się z tym zgodzić, a dalej, że wynik aukcji, ze względu na fakt, że wziął w niej udział Wykonawca, którego oferta winna być odrzucona, podlega w związku z powyższym pewnym modyfikacjom. Zaaprobowanie takiego działania, w ocenie Izby, z pewnością nie mieści się w zakresie regulacji przepisów art. 91a oraz art. 91b ustawy Pzp.

Uwagi wymaga również, że Odwołujący stojąc na stanowisku, że Zamawiający uchyla się od wykonania powoływanego wyroku Izby pomija, że Izba uznała, iż przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy COMPAREX zaktualizowały się po ocenie ofert dokonywanej przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej, a zatem żądanie Odwołującego, iż ta ocena i weryfikacja oferty wskazanego Wykonawcy mogła nastąpić po przeprowadzeniu aukcji bez wpływu na tok aukcji absolutnie nie znajduje uzasadnienia w świetle powoływanego orzeczenia Izby.

Wreszcie wskazać należy, iż Zamawiający dokonując unieważnienia aukcji elektronicznej nie unieważnia oświadczeń woli poszczególnych wykonawców. Niejako uchyla czynność przeprowadzenia aukcji, co ma istotny wpływ na oświadczenia złożone w toku aukcji (nie mogą być brane pod uwagę i wywołać określonych skutków), ale co ze względu na uprawnienia Zamawiającego jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i gwaranta przestrzegania regulacji to postępowanie normujących mieści się w granicach jego normatywnych uprawnień.

Przesądzenie, iż Zamawiający był uprawniony do unieważnienia aukcji elektronicznej powoduje, że Zamawiający nie był związany wynikiem aukcji. Dokonując odrzucenia oferty wykonawcy COMPAREX Zamawiający ustalił, że pozostało trzech wykonawców, w przypadku dwóch termin związania ofertą upłynął, która to okoliczność nie jest przez Odwołującego kwestionowana, co powoduje, że Zamawiający nie ma podstaw do zaproszenia do udziału w kolejnej aukcji, a tym samym wybór oferty najkorzystniejszej musi zostać dokonany w oparciu o złożone oferty przed aukcją. Ustalenie zaś przez Zamawiającego, że cena oferty Odwołującego złożonej właśnie przed aukcją przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia czyni zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp chybionym.

Reasumując stwierdzić należy, iż ocena postępowania Zamawiającego dotyczy nowych czynności podjętych w postępowaniu z uwzględnieniem skutków wynikających z uprzednio wydanych rozstrzygnięć Izby na gruncie prowadzonego postępowania oraz

okoliczności faktycznych sprawy. Podkreślenia wymaga, że formułowane przez Odwołującego zarzuty zaniechania wykonania wyroku Izby nie mogą prowadzić do sytuacji, w której Izba przejmuje rolę organu egzekucyjnego, czy też ogranicza się do pewnej konstatacji uprzednio zapadłego orzeczenia Izby wskazując na czynności, które należało wykonać.

W tym miejscu wskazać należy, że wyrok Izby jest „skuteczny” z chwilą jego wydania. Oznacza to, że Zamawiający nie ma przeszkód do jego wykonania nawet w sytuacji, w której wniesiona zostaje skarga na wyrok Izby. Jednocześnie milczenie ustawodawcy w przedmiocie terminu wykonania orzeczenia Izby powoduje, że nie sposób Zamawiającemu, w przypadku braku niezwłocznego podjęcia działań w tym zakresie, przypisać jakiegokolwiek naruszenia. Z pewnością podstawy takiej nie stanowi przepis art. 185 ust. 7 i art. 197 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 365 § 1 k.c. i art. 366 k.c. Zauważyć bowiem należy, że z mocy art. 185 ust. 7 ustawy Pzp kodeks postępowania cywilnego znajduje odpowiednie zastosowanie w postępowaniu odwoławczym w zakresie regulacji o sądzie polubownym, zaś instytucja prawomocności orzeczeń dotyczy orzeczeń sądu. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że ustawodawca używa pojęcia „prawomocności” w odniesieniu do orzeczenia Izby (art. 195 ust. 3 ustawy Pzp), co daje podstawy do przyjęcia, że prawomocność orzeczenia Izby, z wyłączeniem przypadków, o których mowa w powołanym przepisie, należy wiązać z wydaniem orzeczenia przez Izbę, niemniej jednak nie można z tym łączyć waloru, który w istocie odpowiadałby rygorowi natychmiastowej wykonalności. Jeśli wyrok nadaje się do wykonania a wykonawca jest przeświadczony, że Zamawiający nie wykonuje go, jak twierdzi Odwołujący, żeby doprowadzić do unieważnienia postępowania, ma możliwość ubiegania się o stwierdzenie jego wykonalności i domagania się jego wykonania na drodze postępowania egzekucyjnego. Skoro w niniejszym postępowaniu Odwołujący zaniechał podjęcia tychże działań to tym samym pozbawił się możliwości wykonania wyroku w czasie przez siebie pożądanym.

Podsumowując stwierdzić należy, iż Izba w badanym stanie faktycznym oceniła, że Zamawiający był uprawniony do unieważnienia zarówno czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, jak i samej aukcji, a w konsekwencji do unieważnienia postępowania, biorąc pod uwagę możliwości finansowe Zamawiającego i cenę oferty najkorzystniejszej przed przeprowadzeniem aukcji. Zamawiający, co nie jest kwestionowane, nie miał bowiem możliwości, wobec braku wystarczającej liczby wykonawców, do ewentualnego ponownego zaproszenia do udziału w aukcji, jak i utrzymania w mocy czynności dotkniętych wadą. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów sformułowanych w odwołaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....