

POSTANOWIENIE

z dnia 12 kwietnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 12 kwietnia 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2012 roku przez Odwołującego **Elmech Kazeten Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach reprezentowaną przez Centrum Wydobywcze „Południe”**

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Elmech Kazeten Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich** i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Elmech Kazeten Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wentylatorów dla kopalń Kompanii Węglowej SA w 2012 roku.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 29 marca 2012 roku wykonawca **Elmech Kazeten Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich** wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu i polegających na zaniechaniu odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp złożonych przez wykonawców spółki SIGMA S.A. i APATOR MINING Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 11 jako nieodpowiadających treścią treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwana dalej „SIWZ”). Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nieprawidłowo dopuścił do aukcji elektronicznej, która odbyła się dnia 20 marca 2012 roku (o wynikach której ogłoszenie zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego dnia 22 marca 2012 roku) wymienione spółki w zakresie zadania nr 11 podczas, gdy oferowane przez te spółki urządzenia, a dokładniej maszyny nieukończone czyli wentylatory nie spełniają wymagań określonych w załączniku nr 1 do SIWZ i wyjaśnieniach z dnia 16 stycznia 2012 roku w zakresie zadania nr 11.

Odwołujący się wnosił o odrzucenie oferty spółki SIGMA S.A. i APATOR MINING Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 11, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i rozpatrzenie oferty Elmech Kazeten Sp. z o.o. jako spełniającej wymagania SIWZ i uznanie jej za najkorzystniejszą, a także o niezawieranie umów w przedmiotowym postępowaniu do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Izba ustaliła, co następuje:

W 15 marca 2012 roku Zamawiający przesyłał wykonawcom zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Zaproszenie zostało wysłane za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Aukcja elektroniczna została przeprowadzona w dniu 20 marca 2012 roku. Po zamknięciu aukcji, w dniu 22 marca 2012 roku na stronie internetowej Zamawiającego,

została zamieszczona informacja o wszystkich wykonawcach uczestniczących w aukcji oraz o złożonych przez nich ofertach i ich cenach w aukcji.

Z dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego wynika, że wykonawca Odwołujący się zapoznał się z ofertami złożonymi przez wykonawców w dniu 10 lutego 2012 roku, natomiast w dniu 15 marca 2012 roku potwierdził otrzymanie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Zamawiający w ogłoszeniu określił, iż aukcja elektroniczna przeprowadzona zostanie w przypadku otrzymania co najmniej 3 ważnych ofert.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego odrzucenie. Podniósł, że Odwołujący dowiedział się o czynności Zamawiającego, że w zadaniu nr 11 złożono trzy oferty spełniające przesłanki art. 91a ust. 1 ustawy Pzp o wyznaczonym terminie aukcji elektronicznej w dniu 15 marca 2012 roku w momencie otrzymania zaproszenia do aukcji. Zaznaczono, że ustawodawca w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wykazał jako początek biegu sprawy terminu na wniesienie odwołania fakt przesłania informacji, a zatem początkiem biegu terminu jest data wysłania informacji – w tym wypadku zaproszenia do aukcji dnia 15 marca 2012 roku (wyrok KIO 2280/12 z dnia 31.10.2011 r.). zatem wniesienie odwołania 28 marca 2012 roku nastąpiło po upływie terminu przewidzianego ustawą i powoduje obowiązek odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną. W myśl art. 91a ust. 1 ustawy Pzp jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem Zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Z przepisu jednoznacznie wynika, że Zamawiający obowiązany jest dokonać oceny ofert przed zaproszeniem wybranych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, w tym ustalić, czy złożone przez wykonawców oferty nie podlegają odrzuceniu. Zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że Zamawiający ustalił, że oferty wybranych wykonawców nie podlegają odrzuceniu. Wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert i w ocenie Izby od dnia wystosowania zaproszenia należy

liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty.

Izba potwierdza, że Zamawiający zapraszając wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej nie informuje ich o innych zaproszonych wykonawcach. Przepis art. 91b ust. 2 ustawy Pzp, określający dane, które powinny znaleźć się w zaproszeniu, nie wskazuje na konieczność informowania o tym, którzy wykonawcy zostali również zaproszeni do udziału w aukcji. Niemniej jednak fakt wystosowania do wykonawcy zaproszenia jest jednocześnie informacją dla niego o tym, że Zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert i że pozytywnie zweryfikował co najmniej trzy oferty. Informacja o tym, którzy wykonawcy zostali zakwalifikowani do wzięcia udziału w aukcji zawarta jest w dokumentacji postępowania, która jest jawna dla wykonawców i każdy z nich uprawniony jest do wzglądu do niej w celu uzyskania wiedzy na temat pozostałych zaproszonych wykonawców. Szczególnie widoczne jest to w przedmiotowym postępowaniu, gdzie wykonawca Odwołujący się zapoznał się z treścią złożonych w zadaniu 11 ofert treścią w dniu 10 lutego 2012 roku. Zatem w momencie otrzymania zaproszenia do udziału w aukcji znał co najmniej ich treść. Skoro więc wykonawca Odwołujący się otrzymał zaproszenie do udziału w aukcji i znał treść ofert, to z powyższego wywieść należy, iż wykonawca mógł – przy zachowaniu należytej staranności – powziąć wiadomość o tym, którzy wykonawcy zostali zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej. Jednocześnie jeżeli uważał, że treść ofert tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ, z momentem otrzymania zaproszenia do udziału w aukcji, powinien był kwestionować zasadność zakwalifikowania ofert tych wykonawców do udziału w aukcji, a także zasadność przeprowadzenia aukcji w takim wypadku.

W ocenie Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym, czynność zakwalifikowania wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp. W takim przypadku odwołanie – zgodnie ze wskazanym przepisem – wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Ponieważ zaproszenie do udziału w aukcji wykonawca otrzymał w dniu 15 marca 2012 roku, termin na wniesienie środka odwoławczego w zakresie zaniechania odrzucenia ofert wykonawców zaproszonych do udziału kończył się w dniu 25 marca 2012 roku, a z uwagi na to, iż była to niedziela termin ten upływał 26 marca 2012 roku. Wniesienie odwołania w dniu 29 marca lutego 2012 roku – jak to miało miejsce w rozpoznawanym przypadku – należy uznać za dokonane z naruszeniem terminu do jego wniesienia.

Podobne stanowisko wyrażono w postanowieniach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2012 roku w sprawie o sygn. akt KIO 271/12, KIO 299/12.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: