

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 20 marca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Członkowie:** Katarzyna Brzeska

Anna Wojciechowska

**Protokolant:** Marta Słoma

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 20 marca 2019 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2019 r. **przez odwołującego** konsorcjum firm: Intaris Sp. z o.o. ul. Adama Mickiewicza 57; 01-625 Warszawa i Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Adama Mickiewicza 57; 01 - 625 Warszawa i Techsource Sp. z o.o. ul. Kordeckiego 38; 05-120 Legionowo i Techsource Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Kordeckiego 38; 05-120 Legionowo w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego**: Energa Informatyka i Technologie Sp. z o.o. al. Grunwaldzka 472A; 80-309 Gdańsk

**przy udziale przystępujących:**

- 1) Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. ul. Wadowicka 12, 30-415 Kraków, po stronie odwołującego,
- 2) Infonet Projekt S.A. Al. Armii Krajowej 220, 43-316 Bielsko-Biała po stronie zamawiającego,
- 3) SUNTAR Sp. z o.o. ul. Boya Żeleńskiego 5B; 33-100 Tarnów po stronie zamawiającego,
- 4) „KONCEPT” Sp. z o.o. ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa po stronie zamawiającego

**postanawia**

1. odrzucić odwołanie

2. kosztami postępowania obciążyć konsorcjum firm: Intaris Sp. z o.o. ul. Adama Mickiewicza 57; 01-625 Warszawa i Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa

ul. Adama Mickiewicza 57; 01 - 625 Warszawa i Techsource Sp. z o.o. ul. Kordeckiego 38; 05-120 Legionowo i Techsource Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Kordeckiego 38; 05-120 Legionowo i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum firm: Intaris Sp. z o.o. ul. Adama Mickiewicza 57; 01-625 Warszawa i Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Adama Mickiewicza 57; 01 - 625 Warszawa i Techsource Sp. z o.o. ul. Kordeckiego 38; 05-120 Legionowo i Techsource Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Kordeckiego 38; 05-120 Legionowo tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

### Zarzuty i żądania odwołania

Pismem z dnia 6 marca 2019 r. odwołujący, którym jest Konsorcjum firm: Intaris Sp. z o.o. ul. Adama Mickiewicza 57, 01-625 Warszawa; Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Adama Mickiewicza 57, 01-625 Warszawa; Techsource Sp. z o.o. ul. Kordeckiego 38, 05-120 Legionowo; Techsource Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Kordeckiego 38, 05-120 Legionowo złożył odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego (dalej odwołujący).

Zamawiającym jest Energa Informatyka i Technologie Sp. z o.o. al. Grunwaldzka 472A 80-309 Gdańsk (dalej zamawiający).

Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Sukcesywną dostawę sprzętu oraz akcesoriów komputerowych wraz z 36 miesięcznym serwisem gwarancyjnym”, Numer referencyjny: ZP/06/EITE-DW/2018.

Odwołanie wniesione zostało na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2018/S 233-533382.

Odwołanie wniesiono od następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- 1) czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty podlegają odrzuceniu, wymienionych poniżej;
- 2) zaniechaniu odrzucenia lub uznania za podlegającą odrzuceniu oferty wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów (dalej Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie), przystępujący po stronie zamawiającego pomimo, iż treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) zaniechaniu odrzucenia lub uznania za podlegającą odrzuceniu oferty wykonawcy Infonet Projekt SA, al. Armii Krajowej 220, 43-316 Bielsko-Biała (dalej Infonet Projekt S.A. z siedzibą w Bielsko-Białej), przystępujący po stronie zamawiającego pomimo, iż treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 4) zaniechaniu odrzucenia lub uznania za podlegającą odrzuceniu wykonawcy „KONCEPT” Sp. z o.o. ul. Wodniaków 19 03-992 Warszawa (dalej „KONCEPT” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) przystępujący po stronie zamawiającego pomimo, iż treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący w oparciu o przywołane czynności i zaniechania zamawiającego w związku z sprzecznością treści powyższych ofert z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91b ustawy Pzp przez zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty podlegają odrzuceniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert przystępujących po stronie zamawiających: Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, Infonet Projekt S.A. z siedzibą w Bielsko-Białej, „KONCEPT” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej przystępujących po stronie zamawiających: Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, Infonet Projekt S.A. z siedzibą w Bielsko-Białej, „KONCEPT” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenie ofert lub uznanie za podlegające odrzuceniu ofert przystępujących po stronie zamawiających: Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, Infonet Projekt S.A. z siedzibą w Bielsko-Białej, „KONCEPT” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z przyczyn szczegółowo opisanych w treści uzasadnienia odwołania;
- 4) powtórzenie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu;

Odwołujący ponadto wniósł o:

- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie;
- 6) zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Co do terminu wniesienia odwołania wskazano:

Niniejsze odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Informacja o czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców którzy złożyli oferty została przekazana przez zamawiającego odrębnym pismem, będącym odpowiedzią na wniosek odwołującego w dniu 26 lutego 2019 roku.

## **Wniosek o odrzucenie odwołania**

Pismem z dnia 14 marca 2019 z uczestnik Infonet Projekt S.A. z siedzibą w Bielsku – Białej złożył wniosek o odrzucenie odwołania podkreślając, że odwołujący składając odwołanie odnośnie terminu na wniesienie odwołania wskazał, że: „Niniejsze odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu określonego w art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp. Informacja o czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców którzy złożyli oferty została przekazana przez zamawiającego odrębnym pismem, będącym odpowiedzią na wniosek Odwołującego w dniu 26 lutego 2019 roku.” Dalej uczestnik wskazuje, że z powyższego wynika, iż odwołujący policzył termin na wniesienie odwołania nie od dnia otrzymania zaproszenia do aukcji elektronicznej, co nastąpiło przy użyciu środków komunikacji elektronicznej 21 lutego 2019 r., lecz dopiero od 26 lutego 2019 r., tj. od dnia otrzymania od zamawiającego odrębnego pisma, w którym zamawiający poinformował go, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, zostali zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej. Taki sposób liczenia terminu na wniesienie odwołania wobec czynności i zaniechań zamawiającego kwestionowanych w odwołaniu według uczestnika nie ma żadnych podstaw i jest sprzeczny z utrwalonym orzecznictwem KIO. W świetle jednolitego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi żadnych wątpliwości, iż za początek biegu terminu na wniesienie na zaniechanie odrzucenia ofert konkurencyjnych uznać należy dzień zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej. Jest to bowiem dzień, w którym wykonawcy mogą uzyskać informacje stanowiące podstawę do wniesienia odwołania, a to ze względu na przepis art. 91a ust 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej tylko tych wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (tak np. w postanowieniu KIO z 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 652/10, postanowieniu KIO z dnia 17 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1086/10, postanowieniu z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2444/10 czy wyroku KIO z dnia 11 marca 2011 r., sygn. akt KIO/414/11). Jak to wskazano w postanowieniu KIO z dnia 22 lutego 2012 roku, sygn. akt KIO 299/12: „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 wglądu do niej w celu uzyskania wiedzy na temat pozostałych zaproszonych wykonawców, Do analogicznych wniosków Izba doszła również w postanowieniu z dnia 22 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 271/12, oraz w postanowieniu z dnia 6 maja 2013 r., sygn. akt KIO 939/13, w tym ostatnim podkreślając, że: „od dnia wystosowania zaproszenia (do udziału w aukcji – przypadek Przystępującego) należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty”.

Również w najnowszym orzecznictwie KIO podejście do sposobu liczenia terminu na wniesienie odwołania w razie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej nie uległo zmianie. Przykładowo, w postanowieniu z dnia 14 maja 2015 r., sygn. akt KIO 900/15, Izba wskazała, iż: „Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że zarzuty naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp zostały podniesione z uchybieniem terminu. Mimo, że ustawa nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania, zarzuty te nie mogą być rozpoznane na rozprawie. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi uporządkowany ciąg sukcesywnych czynności zamawiającego. Komplementarnie wykonawcy zobowiązani są do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec tych czynności z zachowaniem prekluzyjnego terminu, którego upływ powoduje utratę prawa do podnoszenia zarzutów. Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 2.pkt 5 PZP powinny być podniesione zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP w terminie liczonym od dnia przesłania przez zamawiającego zaproszenia do udziału w aukcji. Obecnie zgodnie z powołanym przepisem mogą być badane zarzuty dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty w związku z przebiegiem aukcji w części 1 i 3, które odbyły się 7 i 10 kwietnia 2015 r. Odwołujący nie podnosi jednak zarzutów wobec przebiegu aukcji, lecz kwestionuje ocenę podmiotową wykonawców - możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przez S. Sp. z o.o. S.K. i P. Sp. z o.o. S.K.A. (art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp) i ocenę formalną ofert złożonych przez tych wykonawców (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), które poprzedziły zaproszenie do udziału w aukcji i mogłyby spowodować wadliwość czynności zaproszenia do udziału w aukcji. Zarzuty te powinny być podniesione w terminie liczonym od dnia przesłania zaproszenia do udziału w aukcji, a nie od dnia przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty po przeprowadzeniu aukcji, ani w terminie liczonym od dnia w którym odwołujący uzyskał dostęp do protokołu postępowania wraz z załącznikami. Art. 182 ust. 3 Pzp znajduje zastosowanie wobec czynności innych, niż te o których zamawiający zobowiązany jest przesłać informacje. Analogiczny pogląd w zakresie zachowania terminu na wniesienie odwołania w związku z zaproszeniem do udziału w aukcji

został wyrażony w uzasadnieniach orzeczeń w sprawach KIO 907/13, KIO 939/13, KIO 1713/13 i KIO 1383/14.”

Przedstawiając powyższą argumentację uczestnik dalej wskazał, że skoro zaproszenie do udziału w aukcji odwołujący otrzymał dnia 21 marca 2018 roku to termin 10 dni na wniesienie odwołania upływa dnia 4 marca 2019 roku to jest w poniedziałek. Zatem najpóźniej w dniu 4 marca 2019 roku powinno być złożone odwołanie. Odwołujący składając odwołanie w dniu 6 marca 2019 roku doprowadził do dwudniowego przekroczenia terminu na wniesienie. W związku z powyższym wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu.

Mając również na uwadze stanowiska stron i uczestników prezentowanych w czasie posiedzenia Izba zważyła jak poniżej.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonej w niniejszym postępowaniu przez zamawiającego i przekazanej w wersji elektronicznej dnia 18 marca 2019 do akt sprawy, **Izba ustaliła** jak poniżej.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „sukcesywna dostawa sprzętu oraz akcesoriów komputerowych wraz z 36 miesięcznym serwisem gwarancyjnym” o numerze ZP/06/EITE-DW2018.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest za pomocą Platformy Zakupowej <https://energa.eb2b.com.pl>.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art.11.ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz.1986 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawa Pzp”, ponieważ jej wartość szacunkowa (bez vat) wynosi 7.433.770,00 zł. co stanowi 1.724.092,59 euro.

W dniu 21 lutego 2019 roku zamawiający poinformował uczestniczących w postępowaniu pięciu wykonawców o zaproszeniu do aukcji elektronicznej, powołując się w treści pisma na art.91b ustawy Pzp. Zaproszenie poszczególnego wykonawcy w tym odwołującego zawiera szereg informacji w tym o miejscu w rankingu na tle pozostałych wykonawców i ilości przyznanych ofercie punktów, o minimalnej wysokości postąpienia podczas licytacji, terminie otwarcia aukcji oraz o jej prowadzeniu jak i zamknięciu (pkt 71 przesłanej dokumentacji).

W tym samym dniu 21 lutego 2019 roku odwołujący przesłał wniosek do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania (pkt 72 przesłanej dokumentacji) to jest przesłanie

informacji z zestawieniem wykonawców zaproszonych do aukcji elektronicznej. Również w tym samym dniu zwrócił się o udostępnienie załączników do protokołu postępowania to jest uzupełnień, wyjaśnień i korespondencji z zamawiającym.

W dniu 26 lutego 2019 roku zamawiający udzielił odpowiedzi na wniosek o udostępnienie dokumentacji (pkt 73 przesłanej dokumentacji). Z treści pisma wynika, że zamawiający poinformował odwołującego, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, zostali zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej. Jednocześnie zamawiający zgodnie z wnioskiem udostępnił odwołującemu załączniki do protokołu to jest korespondencję prowadzoną między zamawiającym a wykonawcami to jest wezwania do złożenia wyjaśnień, oświadczeń, wyjaśnienia wykonawców i przesłane im zaproszenia do aukcji.

Odwołujący w związku otrzymaną w dniu 26 lutego 2019 roku dokumentacją od zamawiającego w dniu 6 marca 2016 roku składa odwołanie zarzucając sprzeczność treści złożonych ofert przez Suntar Sp. z o.o. z s. w Tarnowie, Info Projekt S.A. z s. w Bielsko-Białej, „Koncept” Sp. z o.o. z s. w Warszawie. Przy czym już w dniu 5 lutego 2019 roku (pkt 57 przesłanej dokumentacji) odwołujący składa do zamawiającego uwagi dotyczące ofert złożonych przez powyżej wymienionych wykonawców (Suntar Sp. z o.o. z s. w Tarnowie, Info Projekt S.A. z s. w Bielsko-Białej, „Koncept” Sp. z o.o. z s. w Warszawie).

Na podstawie powyższych ustaleń **Izba zważyła** jak poniżej

Wniosek o odrzucenie odwołania złożony został w oparciu o art.189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Wnioskodawca podniósł okoliczność, że termin do wniesienia odwołania w przedmiotowej sprawie rozpoczął bieg od daty zaproszenia odwołującego przez zamawiającego do aukcji elektronicznej to jest od dnia 21 lutego 2019 roku a jego 10 dniowy upływ nastąpił w dniu 4 marca 2019 roku a nie w dacie złożenia odwołania to jest w dniu 6 marca 2019 roku.

Z powyższego zestawienia dat wynika, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z przekroczeniem dwóch dni.

Izba uwzględniając argumentację formalną i prawną zamawiającego i uczestników po jego stronie, przywoływaną na posiedzeniu w tym we wniosku z dnia 14 marca 2019 roku złożonego przez uczestnika Infonet Projekt S.A. z s. w Bielsko-Białej, odrzuciła odwołanie.

Jeden z uczestników postępowania po stronie zamawiającego przywołał komentarz do art. 182 ust. 3 pkt 1 Pawła Graneckiego oraz wyroki: o Sygn. akt KIO 882/15 i o Sygn. akt KIO



1713/13 stwierdzając, że w niniejszym stanie faktycznym przy dołożeniu należytej staranności wykonawca miał możliwość złożenia odwołania, licząc termin na wniesienie odwołania od daty powiadomienia to jest zaproszenia do aukcji elektronicznej. Bowiern odwołujący mógł powziąć od tego dnia informacje o wykonawcach, którzy zostali zaproszeni do aukcji przez wgląd do protokołu postępowania.

Poza tym przywołał treść art. 92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp., z którego wynika, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty. Stąd przechodząc do zaproszenia do aukcji z dnia 21 lutego 2019 roku, w której zamawiający nie zawarł informacji o ofertach odrzuconych, jak i uprzednio taka informacja nie została przekazana wykonawcom, to z tych zdarzeń wynika, że odwołujący winien wywieść z dniem 21 lutego 2019 roku rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia odwołania. Bowiern treść zaproszenia do aukcji i brak informacji od zamawiającego o odrzuconych ofertach wskazuje na to, że zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia ofert.

Powyższe powoduje, że bieg terminu do wniesienia odwołania na zaniechanie odrzucenia ofert rozpoczął się z datą 21 lutego 2019 roku a nie z datą 26 lutego 2019 roku to jest odpowiedzią zamawiającego o wykonawcach zaproszonych do aukcji. Z kolei powyższe skutkuje upływem dziesięciodniowego terminu do wniesienia odwołania z datą 4 marca 2019 roku a nie jak to przyjął odwołujący z datą 26 lutego 2019 roku.

Na uwagę Izby zasłużyła również dalsza argumentacja uczestnika który przywołał zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, w sytuacji liczenia daty na wniesienie odwołania od daty udzielenia informacji przez zamawiającego o wykonawcach zaproszonych do aukcji. Gdyby poszczególni wykonawcy skutecznie na termin mogli kierować pytania do zamawiającego o wskazanie wykonawców zaproszonych do aukcji co czynić mogliby w dowolnym terminie, to otrzymywali by w różnych terminach odpowiedzi. Powyższe skutkowałoby sytuacją, że termin na wniesienie odwołania dla poszczególnych wykonawców byłby różny, w zależności od daty zapytania i od daty udzielonej odpowiedzi przez zamawiającego. W konsekwencji słusznie uczestnik wywiódł, że nie jest celem ustawodawcy, aby termin na wniesienie odwołania nie był ustalony jedną datą, a wynikał z kilku dat w zależności od zachowania wykonawców, czy też zamawiającego, który w różnym terminie udzielałby odpowiedzi poszczególnym wykonawcom. Na marginesie powyższego wywodu uczestnik podkreślił, że otrzymana informacja przez odwołującego 26 lutego 2019 roku dawała odwołującemu i tak jeszcze 5 dni na złożenie odwołania, licząc początek biegu terminu do odwołania z datą zaproszenia do aukcji a nie odpowiedzi na pytanie o zestawienie wykonawców zaproszonych do aukcji elektronicznej. Tym samym podnoszone na posiedzeniu

Izby argumenty przez odwołującego o nierównym traktowaniu wykonawców są gołosłowne w kontekście przyjęcia dla wszystkich jednego terminu na wniesienie odwołania co do jego początku biegu.

Izba odrzucając odwołanie ma na uwadze treść art. 91b ust.1 ustawy Pzp. zgodnie z którym zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Z treści powyższego przepisu wynika, że wszyscy wykonawcy jednocześnie zostają zaproszeni do aukcji to oznacza, że dowiadują się o zaproszeniu do aukcji jednocześnie w tym samym terminie. Świadczy o tym zwrot użyty w cytowanym przepisie o treści „jednocześnie wszystkich wykonawców” a jednoczesność czyli w tym samym czasie zapewnia sposób przekazywania powiadomienia jaką jest „droga elektroniczna”. W niniejszej sprawie żaden z wykonawców nie zakwestionował faktu otrzymania zaproszenia w tym samym czasie to jest zgodnie z brzmieniem przepisu „jednocześnie”. O powyższym świadczy również dokumentacja zamawiającego przekazana na wezwanie w dniu 7 marca 2019 roku do Krajowej Izby Odwoławczej z której wynika, że pięciu wykonawców zostało zaproszonych do aukcji 21.02.2019 roku w godz. od 15.00 do 15.03 to jest Infonet, Intaris, Koncept, Suntar, ZSK. Dla rozstrzygnięcia zagadnienia spornego, to jest co do daty rozpoczęcia terminu do wniesienia odwołania, ma również znaczenie zwrot „którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu”. Prawidłowo uczestnicy po stronie zamawiającego podnosili, że wykonawca zaproszony do aukcji nie może mieć wątpliwości co do tego, którzy wykonawcy to jest ich oferty zamawiający odrzucił, ponieważ wynika to z regulacji art.92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powyżej przywołanym przepisem ustawy Pzp (art.92 ust.1 pkt 3 ) zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty. Treść tego przepisu jest jednoznaczna co do zakresu, adresatów oraz czasu przekazania informacji o odrzuceniu oferty a mianowicie zamawiający podaje powody odrzucenia, informuje wszystkich wykonawców czyli również odwołującego, jak i niezwłocznie informuje. Z kolei z zestawienia treści cytowanych przepisów ustawy Pzp. to jest art.91 b ust.1 z art.92 ust.1 pkt 3 wynika, że czynność odrzucenia ofert następuje przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej a nie w trakcie czy też po zaproszeniu do aukcji elektronicznej.

Czynność odrzucenia oferty jest czynnością oddzielną w swoim przeznaczeniu jak i w czasie do czynności zaproszenia do składania ofert. Zamawiający co do zasady dopóki nie ma rozstrzygniętej kwestii odrzuconych ofert nie zaprasza do aukcji, ponieważ już sama formuła art.91 ust.1b ustawy Pzp. wskazuje na czynność dokonaną co do odrzucenia ofert (wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu). Jednocześnie w toku postępowania odwoławczego odwołujący nie wykazał istnienia jakichkolwiek wątpliwości co do przedmiotowego zagadnienia, chociażby uzyskując w dniu 26 marca 2019 roku informację

od zamawiającego, że „wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, zostali zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej”. Reasumując z powyżej cytowanych regulacji ustawowych Pzp. wynika, że czynność odrzucenia ofert jest czynnością poprzedzającą czynność zaproszenia do akcji elektronicznej. Na marginesie Izba wskazuje, że wykonawca nie pytał zamawiającego w dniu 21 marca 2019 roku o wykonawców, których oferty zostały odrzucone a o zestawienie wykonawców, którzy zostali zaproszeni do aukcji, chociaż nie zmienia to znaczenia pytania, to odbiega ono do zwrotu użytego w art.91b ust.1 ustawy Pzp. „wykonawców którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu”. Z formalnego punktu widzenia należy stwierdzić, że pytanie odwołującego nie koresponduje z treścią art.91 b ust.1 ustawy Pzp. a miało odwołującemu na celu umożliwić zmianę początku biegu terminu na wniesienie odwołania z daty 21 marca na 26 marca 2019 roku.

Również nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja odwołującego, że treść zaproszenia do aukcji elektronicznej wyasygnowana przez zamawiającego, nie odpowiada standardom ustawowym wymaganym treścią art. 91 b ust.2 ustawy Pzp. w zakresie braku informacji jaką punktację w rankingu ofert otrzymali poszczególni wykonawcy, czy też braku informacji o pozostałych wykonawcach zaproszonych do aukcji.

Brzmienie przepisu art.91 b ust.2 ustawy Pzp. szczegółowo reguluje obowiązujące informacje do zamieszczenia w zaproszeniu do aukcji elektronicznej, które w przedmiotowym postępowaniu znalazły się w zaproszeniach do wykonawców. Informacjami tymi są w szczególności pozycje złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji, minimalnych wartościach postąpień, terminie otwarcia aukcji elektronicznej, terminie i warunkach zamknięcia aukcji. Nie znajduje się w tym obowiązkowym wykazie informacja o ofertach odrzuconych, czy też o pozycji i przyznanych punktach innych oferentów niż oferenta do którego kierowane jest zaproszenie. Zresztą treść informacji, które zamawiający ma obowiązek podać w zaproszeniu to jest chociażby termin otwarcia aukcji (art.91b ust.2 pkt 3) ustawy Pzp.) wprost wskazują na konieczność skutecznego rozstrzygnięcia co do ofert odrzuconych. Tym samym wszystkie wywody odwołującego odnoszące się do treści otrzymanego zaproszenia do aukcji nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania a tym bardziej w związku z powoływaniem się przez odwołującego, na posiedzeniu Izby, na brak równego traktowania wykonawców.

Reasumując powyższe ustalenia i wywody sam fakt zaproszenia do składania ofert bez uprzedniej informacji o ofertach odrzuconych wskazuje na okoliczność, że zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert i jeżeli wykonawca ma jakiegokolwiek zastrzeżenia do złożonych ofert to powinien datę zaproszenia do aukcji traktować jako początek biegu terminu do zgłoszenia zarzutu zaniechania odrzucenia ofert. Reasumując odwołujący w przedmiotowym

postępowaniu nie wykazał, że ma prawo do zmiany początku biegu terminu do wniesienia odwołania w związku z kierowanymi pytaniami do zamawiającego o wykonawców, którzy zostali zaproszeni do aukcji, z uwagi na treść art.91 b ust.1 w związku z art.92 ust.1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Również odwołujący nie wykazał nieprawidłowej treści zaproszenia do aukcji w myśl przywoływanego art.91 b ust 2 ustawy Pzp. co mogłoby skutkować zmianą początku biegu terminu wniesienia odwołania, to jest chociażby zastosowania art.182 ust.3 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak argumentował odwołujący przywołując jako początek biegu terminu (datę 26 marca 2019r.) powzięcie wiadomości z zachowaniem należytej staranności o okolicznościach stanowiących podstawę do odwołania a nie przesłania informacji o czynności zamawiającego (art.182 ust.1. pkt 1 ustawy Pzp.).

Natomiast jak argumentował zamawiający, podstawę wniesienia odwołania w zakresie terminu sam odwołujący wskazał w odwołaniu art.182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp to jest w terminie 10 dni od informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. W przedmiotowej sprawie czynnością stanowiącą początek biegu terminu na wniesienie odwołania w zakresie zaniechania odrzucenia ofert konkurentów odwołującego jest przesłanie zaproszenia do aukcji otrzymane w dniu 21 lutego 2019 roku a nie czynność 26 lutego 2019 roku. Bowiem 26 lutego 2019 roku nastąpiło przesłanie informacji z zestawieniem wykonawców zaproszonych do aukcji, przy której zamawiający udostępnił również załączniki do protokołu to jest korespondencję prowadzoną między zamawiającym a wykonawcami w przedmiotowym postępowaniu (pkt 72 - wniosek odwołującego o udostępnienie dokumentacji postępowania z dnia 21.02.19 r. i pkt 73 - odpowiedź na wniosek o udostępnienie dokumentacji z dnia 26.02.19r., z przesłanej elektronicznej dokumentacji przez zamawiającego). Na marginesie należy wskazać, że już dnia 5 lutego 2019 roku odwołujący złożył uwagi zamawiającemu dotyczące złożonych ofert przez przystępujących po stronie zamawiającego w związku opisem przedmiotu zamówienia, które wiążą się bezpośrednio z zarzutami niniejszego odwołania. Słusznie na posiedzeniu Izby wskazywał jeden z uczestników po stronie zamawiającego, że dostarczenie w dniu 26.02.19 r. załączników do protokołu odwołującemu umożliwiło jemu również dotrzymanie terminu na wniesienie odwołania do dnia 4 marca 2019 roku.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art.189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp odrzuciła odwołanie jako wniesione po terminie to jest z przekroczeniem 10 dniowego terminu na wniesienie odwołania wynikającego z art.182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp., który to termin ma charakter terminu zawitego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. i § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. z dnia 7 maja 2018r. poz.972) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....