

WYROK
z 11 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 7 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 marca 2021 r. przez wykonawcę Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pol Invest Group Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i ZRG Górrem Sp. o.o. Sp.k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej 18 marca 2021 r.,
 - 1.2 odrzucenie z postępowania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pol Invest Group Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i ZRG Górrem Sp. o.o. Sp.k. z siedzibą w Rudzie Śląskiej.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od Zamawiającego - Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu na rzecz Odwołującego - Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie kwotę 14 058 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy pięćdziesiąt osiem złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia i dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pod nazwą: „Uporządkowanie wewnętrznej instalacji sprężonego powietrza, wody dołowej, ciepłowniczej, wodnej i ppoż. oraz ustalenie docelowo stacji wymienników dla w/w instalacji w związku z prowadzonymi pracami likwidacyjnymi obiektów dla SRK S.A. Oddział KWK Centrum”, numer: ZP-C-0044/20, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 lutego 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00004928/01.

22 marca 2021 r. wykonawca Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 16 pkt 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 266 oraz art. 58 ust. 1 i 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wniósł wadium bądź wniósł je w sposób nieprawidłowy,
2. art. 16 pkt 1 oraz art. 237 pkt 2 w zw. z art. 266 Pzp oraz w zw. z art. 281 ust. 2 pkt 17 i art. 230 Pzp przez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sposób sprzeczny z zasadami określonymi w SWZ i nie dokonanie jej zamknięcia mimo, że w ustalonym terminie nie zostały zgłoszone nowe postąpienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania ponownego badania oferty konsorcjum w składzie Pol Invest Group Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu i ZRG Górrem Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej: Przystępujący),
2. odrzucenia oferty Przystępującego,
3. uznania aukcji elektronicznej przeprowadzonej w 18 marca 2021 r. za zamkniętą po postąpieniu dokonanym o godz. 8:43 przy uwzględnieniu wyników postąpień dokonanych do godz. 8:43,

ewentualnie:

4. unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej 18 marca 2021 r. i nakazanie jej ponownego przeprowadzenia po odrzuceniu oferty Przystępującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego oraz o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania oraz na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

2 lutego 2021 r. Zamawiający opublikował specyfikację warunków zamówienia (Dalej: SWZ), w której przewidział obowiązek wniesienia przez wykonawców wadium w kwocie 90 000 zł (pkt 16.2 i 16.6.1 SWZ),

Ponadto w pkt 15.4 SWZ Zamawiający przewidział wybór oferty najkorzystniejszej z wykorzystaniem aukcji elektronicznej, a w pkt 22 SWZ określił zasady przeprowadzenia tej aukcji.

15 marca 2021 roku Zamawiający wystosował do Odwołującego zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wyznaczonej na 18 marca 2021 r. Jednocześnie, w odpowiedzi na uzupełniające pytanie Odwołującego z 15 marca 2021 r. Zamawiający oświadczył 17 marca 2021 r., że nie odrzucił żadnej złożonej w toku postępowania oferty.

18 marca 2021 r. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w której udział wzięli wszyscy trzej wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, tj. Odwołujący, Przystępujący oraz Developer i Recykling Sp. z o.o. w Zabrze. Aukcja rozpoczęła się o godz. 8:00, a zakończyła o godz. 21:40:14. Po zamknięciu aukcji Zamawiający przekazał wykonawcom informację o jej wynikach, w której wskazał, iż oferta Przystępującego uzyskała 100 pkt, oferta Odwołującego - 99,72054714, a trzeciego wykonawcy - 92,05702648.

Zarzut nr 1

Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 266 oraz art. 58 ust. 1 i 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na brak należytego wniesienia wadium.

Stosownie do przepisu art. 58 ust. 1 i 5 Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a wówczas przepisy ustawy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powyższe oznacza, że wymóg dotyczący wniesienia wadium miał odpowiednie zastosowanie do Przystępującego. W przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia, winni oni wspólnie wnieść wadium, co oznaczało, że wadium winno finansowo zabezpieczać interesy Zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym działaniem każdego z uczestniczących wspólnie wykonawców, który przez określone

działania lub zaniechania mógłby wpłynąć na wynik postępowania. Tymczasem, w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący nie wniósł wadium, które stanowiłoby skuteczne zabezpieczenie interesów Zamawiającego przed działaniami każdego z członków konsorcjum. Do oferty Przystępującego załączona została bowiem gwarancja ubezpieczeniowa Nr 903013644283 z 18 lutego 2021 r., wystawiona przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie. Z treści gwarancji jednoznacznie wynikało, że została ona wystawiona wyłącznie na zlecenie Pol Invest Group Sp. z o.o. (Dalej: Pol Invest) i w związku z jego ubieganiem się o udzielenie zamówienia. W gwarancji wprost wskazano bowiem Pol Invest jako wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu. Jednocześnie w treści gwarancji brak jest jakiegokolwiek wzmianki czy nawiązania do faktu wspólnego z innym wykonawcą ubiegania się Pol Invest o udzielenie zamówienia, czy też objęcia zabezpieczeniem wynikającym z faktu udzielonej gwarancji roszczeń Zamawiającego wobec innego niż sam Pol Invest wykonawcy. Z treści gwarancji w żaden sposób nie można było wywieść, by zabezpieczała ona Zamawiającego przed nierzetelnym działaniem wszystkich członków konsorcjum, a nie jedynie Pol Invest. W szczególności, wedle treści gwarancji nie uprawniała ona Zamawiającego do skorzystania z ustanowionego na jego rzecz zabezpieczenia w przypadku, gdyby to członek konsorcjum: ZRG Górrem Sp. z o.o. Sp. k. (Dalej: ZRG) dopuścił się jednego z działań czy zaniechań uprawniających Zamawiającego w myśl art. 98 ust. 6 w zw. z art. 266 Pzp do zatrzymania wadium.

W dacie udzielania gwarancji Pol Invest nie był nawet upoważniony do działania w imieniu ZRG, a zatem nie mógł w jego imieniu wystąpić o gwarancję wadium. Jak wynikało bowiem z dokumentów załączonych do oferty Przystępującego, wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zostało ustanowione 19 lutego 2021 r., natomiast ZRG udzielił pełnomocnictwa liderowi konsorcjum dopiero 22 lutego 2021 r. (zgodnie z datą umieszczenia podpisów na dokumencie pełnomocnictwa). Pełnomocnictwo to obejmowało także umocowanie do „zabezpieczenia” wadium. Również umowa konsorcjum została zawarta dopiero 22 lutego 2021 r. Skoro pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum zostało udzielone już po wystawieniu dokumentu gwarancji, to zlecając udzielenie gwarancji lider nie mógł działać w imieniu i interesie pozostałych członków konsorcjum.

W konsekwencji oferta złożona przez Przystępującego winna zostać odrzucona wobec braku prawidłowego wniesienia wadium przez tego wykonawcę. Zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty tego wykonawcy stanowiło naruszenie art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 266 oraz art. 58 ust. 1 i 5 Pzp.

Zarzut nr 2

18 marca 2021 r. o godz. 8:00:00 Zamawiający otworzył aukcję elektroniczną. W jej toku doszło do ponad 130 postąpień, a aukcja została zamknięta o godz. 21:40:14. W toku aukcji przerwy pomiędzy poszczególnymi postąpieniami dochodziły do niecałych 10 minut. Zamawiający zamknął aukcję po upływie 10 minut od ostatniego postąpienia. Taki sposób przeprowadzenia aukcji był sprzeczny z określonymi w SWZ zasadami aukcji.

Zgodnie z art. 308 ust. 1 i art. 281 ust. 2 pkt 17 Pzp Zamawiający prowadzący postępowanie w trybie podstawowym może przewidzieć w dokumentach zamówienia, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną. W takiej sytuacji Zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w SWZ stosowną informację wraz z informacjami, o których mowa w art. 230 Pzp. Stosownie do powołanego przepisu SWZ winna zawierać, m.in., informacje do-tyczące przebiegu aukcji elektronicznej oraz warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, w szczególności minimalne wartości postąpień, które wymagane będą podczas aukcji (art. 230 pkt 4 i 5 Pzp). Zgodnie z kolei z art. 237 pkt 2 Pzp, Zamawiający zamyka aukcję elektroniczną, jeżeli w ustalonym terminie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia.

Zamawiający przewidział w pkt 22 SWZ przeprowadzenie aukcji elektronicznej określając, m.in., następujące zasady jej przebiegu:

„aukcja trwa dwadzieścia minut. Złożenie co najmniej jednego postąpienia w trakcie ostatnich 10 minut aukcji wydłuża ją o 10 minut dogrywki. Złożenie co najmniej jednego postąpienia w trakcie dogrywki wydłuża czas aukcji o kolejną pięciominutową dogrywkę. Zamawiający nie wprowadza ograniczeń co do liczby dogrywek” (pkt 22.1.5. SWZ).

Z przytoczonych zasad wynika, że aukcja miała trwać dwadzieścia minut, a jeśli w ciągu ostatnich 10 minut złożone zostałyby co najmniej jedno postąpienie, to nastąpić miała jedna, 10-cio minutowa dogrywka, a zatem wówczas aukcja wraz z dogrywką trwałaby 30 minut. Jeśli w toku tej dogrywki złożone zostałyby postąpienie, to nastąpiłaby dodatkowa, 5-cio minutowa dogrywka, przy czym wobec braku ograniczeń co do liczby dogrywek złożenie co najmniej jednego postąpienia w trakcie dogrywki wydłużałoby czas aukcji o kolejną pięciominutową dogrywkę. Zatem, zgodnie z zasadami określonymi w SWZ, pierwsza dogrywka miała trwać 10 minut, a każda kolejna 5 minut. Ponadto, zgodnie z przytoczonymi postanowieniami SWZ wskutek złożonego postąpienia czas aukcji (wynoszący pierwotnie 20 minut) wydłużał się najpierw o 10, a później o 5 minut, a zatem okres przedłużenia winien być liczony od pierwotnie założonego czasu zakończenia aukcji i kolejnych dogrywek, a nie od czasu złożenia ostatniego postąpienia. Innymi słowy, na etapie kolejnych dogrywek aukcja winna zostać zamknięta po upływie każdych kolejnych pięciu minut, jeżeli w czasie tych pięciu minut nie nastąpiło co najmniej jedno postąpienie.

W zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej z 15 marca 2021 r. Zamawiający nie określił zasad wielokrotnego przedłużania aukcji, ograniczając się do stwierdzenia, że jeżeli w okresie 10 minut przed planowanym terminem zamknięcia aukcji (wyznaczonym na godz. 8:20) pojawi się jakakolwiek nowa oferta, to aukcja zostanie przedłużona o następne 10 minut i zakończy się, gdy w ustalonym czasie 10 minut nie pojawi się nowa oferta któregokolwiek wykonawcy. W zaproszeniu do udziału w aukcji Zamawiający nie sformułował zatem skutków złożenia postąpienia w przedłużonym o 10 minut czasie trwania aukcji.

Aukcja rozpoczęła się o godz. 8:00 i była zaplanowana do godz. 8:20,

- ponieważ w ostatnich jej 10 minutach zostały złożone dwa postąpienia (o godz. 8:12 i 8:17), to czas aukcji uległ przedłużeniu o 10 minut, tj. do godz. 8:30,
- w czasie tej dogrywki złożone zostały kolejne dwa postąpienia (o godz. 8:22 i 8:26), co skutkowało przedłużeniem aukcji o kolejne 5 minut, tj. do godz. 8:35,
- w czasie tej dogrywki zostało złożone postąpienie o godz. 8:31, co spowodowało przedłużenie aukcji o kolejne 5 minut, tj. do 8:40,
- w tym okresie również zostało złożone postąpienie (o godz. 8:37), co spowodowało przedłużenie aukcji o 5 minut do godz. 8:45;
- w czasie tej dogrywki zostało złożone postąpienie o godz. 8:43, co spowodowało przedłużenie aukcji o kolejne 5 minut, tj. do 8:50,
- ponieważ w okresie dogrywki trwającej od 8:45 do 8:50 nie zostało złożone żadne postąpienie, to Zamawiający winien był zamknąć aukcję o godz. 8:50. Co istotne, do takich samych wniosków należy dojść gdyby założyć, że czas przedłużenia aukcji należało liczyć nie w kolejnych okresach 5-cio minutowych, lecz od ostatniego postąpienia - skoro postąpienie było złożone o godz. 8:43, to kolejne skutkujące przedłużeniem aukcji musiało być złożone do godz. 8:48. Ponieważ takiego postąpienia nie złożono, to aukcja winna zostać zamknięta.

Mimo opisanego wyżej faktycznego przebiegu aukcji Zamawiający nie zamknął jej, czym naruszył przepis art. 237 pkt 2 w zw. z art. 266 Pzp oraz w zw. z art. 281 ust. 2 pkt 17 i art. 230 Pzp. Stosownie do powołanego przepisu Zamawiający zobowiązany był bowiem zamknąć aukcję jeżeli w ustalonym terminie - tj. w kolejnej 5-cio minutowej dogrywce zgodnie z pkt 22.1.5 SWZ - nie zostałyby zgłoszone nowe postąpienia, który to czas upłynął o godz. 8:50.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z wybranych dokumentów wchodzących w skład dokumentacji postępowania, przede wszystkim SWZ, gwarancji wadialnej złożonej przez Przystępującego oraz zaproszenia z 15 lutego 2021 r. do udziału w aukcji elektronicznej.

Ponadto, w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1. załącznik nr 1, 4 i 7 do oferty Przystępującego (dowód nr 1),
2. korespondencja Odwołującego z Zamawiającym z 5 marca 2021 r. (dowód nr 2),
3. pismo Przystępującego wraz z aneksem do gwarancji wadialnej Przystępującego (dowód nr 3),
4. SWZ z 17 lutego 2021 r. tego samego Zamawiającego dotyczący postępowania znak ZP-C-0045/20, wraz z pismem Zamawiającego z 3 marca 2021 r. dotyczącym zmiany treści SWZ (dowód nr 4),
5. zestawienie pytań i odpowiedzi dot. treści SWZ stanowiącej dowód nr 4 (dowód nr 5).

7 maja 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1, a w pozostałym zakresie o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał m.in.:

Zgodnie z art. 515 ust. 2 Pzp termin na wniesienie odwołania wynosi 5 dni jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołujący wskazał, iż dowiedział się o zaniechaniu Zamawiającego stanowiącym podstawę do wniesienia odwołania tj. zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego 15 marca 2021 r. Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem 20 marca 2021 r. co winno skutkować odrzuceniem odwołania w zakresie zarzutu nr 1. Terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów.

Z ostrożności procesowej, w razie nie podzielenia stanowiska odnośnie zasadności odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 Zamawiający wskazał:

Zarzut nr 1

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu pominął fakt, iż 2 marca 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia oferty. W wezwaniu wskazano, iż działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp Zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia pełnomocnictwa lub innego dokumentu, z którego wynikać będzie, że lider konsorcjum - Pol Invest, został

umocowany przez członka konsorcjum - ZRG, do wniesienia wadium celem zabezpieczenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z treści dokumentu winno wynikać, iż umocowanie do podjęcia czynności związanej z wniesieniem wadium nastąpiło najpóźniej 18 lutego 2021 r. tj. w dniu wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej nr 903013644283 na rzecz lidera konsorcjum.

W odpowiedzi Przystępujący uzupełnił złożoną ofertę o:

1. Umowę przedwstępną z 17 lutego 2021 r. o wspólnym uczestnictwie w postępowaniu określającą zobowiązania stron wraz z pełnomocnictwem dla Pol Invest do wniesienia wadium;
2. Oświadczenie ZRG o umocowaniu w dacie 18 lutego 2021 r. do wniesienia wadium zabezpieczającego złożoną ofertę.

Powyższe dokumenty stanowiły podstawę dla stwierdzenia, iż Pol Invest był prawidłowo umocowany do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum.

Tym samym brak było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przekonaniem - „gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum spełnia wymagania ustawowe, nawet jeśli w treści samej gwarancji wadialnej nie wskazano faktu istnienia konsorcjum”.

W umowie przedwstępnej z 17 lutego 2021 r. o wspólnym uczestnictwie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zawartej pomiędzy Pol Invest i ZRG wskazano w preambule: „Niniejsza umowa zostaje zawarta w związku z uczestnictwem przez Strony w charakterze wykonawców (oferentów) w postępowaniu o udzielenie zamówienia w przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach wykonawczych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, którego przedmiotem jest: Uporządkowanie wewnętrznej instalacji sprężonego powietrza, wody dołowej, ciepłowniczej, wodnej i ppoż., oraz ustalenie docelowo stacji wymienników dla w/w instalacji w związku z prowadzonymi pracami likwidacyjnymi obiektów dla SRK S.A Oddział KWK „Centrum” znak sprawy: ZP-C-0044/20. W § 2 Strony postanowiły, iż: „1. Zakład Robót Górniczych GÓRREM Sp. z o.o. sp.k z siedzibą w Rudzie Śląskiej udziela Pol Invest Group Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, pełnomocnictwa do wszelkich czynności, których podjęcie jest niezbędne w postępowaniu o udzielenie zamówienia (...) jeżeli podjęcie czynności będzie konieczne przed zawarciem umowy przyrzeczonej. 2. Udzielone pełnomocnictwo obejmuje przede wszystkim pozyskanie gwarancji zapłaty wadium tj. wniesienie wadium celem zabezpieczenia oferty złożonej przez wykonawców (Strony) wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, o którym mowa wyżej. Dodatkowo w oświadczeniu przedłożonym Zamawiającemu ZRG wyraźnie oświadczył, iż Pol Invest był umocowany do wniesienia w imieniu wykonawców wadium celem zabezpieczenia ich oferty.

Zarzut nr 2

Zamawiający wskazał reguły postępowania związane z planowaną do przeprowadzenia aukcją elektroniczną w zaproszeniach do wzięcia w niej udziału gdzie wyraźnie wskazano, iż: „Jeżeli w okresie 10 min. przed planowanym terminem zamknięcia pojawi się jakakolwiek nowa oferta, to aukcja zostanie przedłużona o następne 10 min. od czasu złożenia postąpienia i zakończy się dopiero, gdy w ustalonym czasie 10 min. nie pojawi się żadna nowa oferta któregoś z wykonawców”.

Z powyższego wynikało, że odstępy wynosiły 10 min, a nie - jak omyłkowo wskazano w SWZ - 5 min.

Żaden z wykonawców nie zakwestionował rozbieżności przed rozpoczęciem aukcji, ani nie zadał Zamawiającemu pytania w tym zakresie, co dla Zamawiającego było jednoznaczne ze stwierdzeniem, iż warunki aukcji wskazane w zaproszeniu zostały przez wszystkich jej uczestników zaakceptowane.

Uszczegółowienie i zapoznanie oferentów z warunkami aukcji jest elementem zaproszenia do wzięcia udziału w aukcji. Zgodnie z art. 232 Pzp zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. W zaproszeniu zamawiający informuje wykonawcę o:

- 1) wyniku badania i oceny oferty tego wykonawcy;
- 2) minimalnych wartościach postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej;
- 3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej;
- 4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej;
- 5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej;
- 6) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości;
- 7) harmonogramie dla każdego etapu aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający zamierza zamknąć aukcję elektroniczną na podstawie art. 237 pkt 3.

Zamawiający może zatem wskazać, iż zamknięcie aukcji nastąpi w precyzyjnie np. w określonym dniu o określonej godzinie, albo też podać, iż zamknięcie aukcji nastąpi po bezskutecznym oczekiwaniu na kolejne postąpienie przez okres wskazany w zaproszeniu. Zamawiający, dysponując prawem wyboru sposobu zamknięcia aukcji, musi

bez względu na wybrany sposób, wskazać w zaproszeniu do aukcji dokładny, podany z dokładnością co do minuty moment zamknięcia licytacji.

Przystępujący w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron oraz w toku rozprawy poparł stanowisko Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp. Tym samym Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1, jako wniesionego po terminie. Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego, który twierdził, że termin do wniesienia odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu powinien być liczony od 15 marca 2021 r., zatem upływał 20 marca 2021 r. Izba wzięła jednak pod uwagę fakt, iż 20 marca 2021 r. była to sobota. Zgodnie z art. 509 ust. 2 Pzp jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Co za tym idzie faktyczny termin do wniesienia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 upływał 22 marca 2021 r., zatem w dzień, w którym Odwołujący wniósł odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W konsekwencji Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu ustawowego i oddaliła wniosek Zamawiającego jako niezasadny.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut nr 1

Zgodnie z punktem 16.1 SWZ „Wykonawca przystępujący do przetargu jest zobowiązany do wniesienia wadium na całość przedmiotu zamówienia w kwocie: 90 000,00 zł (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100)”.

Zamawiający wskazał ponadto w SWZ m. in.:

- 16.6.1. Wadium będzie wypłacone zamawiającemu w sytuacji, gdy wykonawca nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z poniższych warunków zgodnie z art. 98 ust. 6 Ustawy Pzp.
- 16.6.4. Jedynym warunkiem wypłacenia kwoty gwarantowanej ma być przedstawienie Gwarantowi lub Poręczającemu w terminie obowiązywania wezwania zamawiającego do wypłacenia określonej kwoty wraz z określeniem powodu utraty wadium przez wykonawcę podpisanego przez osoby upoważnione do reprezentowania zamawiającego.
- 16.6.5. Przedstawienie gwarancji lub poręczenia niespełniających powyższych warunków uznane będzie przez zamawiającego za niewniesienie wadium, pod rygorem wykluczenia z postępowania o udzielenia zamówienia.

Przystępujący złożył ofertę w postępowaniu 19 lutego 2021 r. Do oferty załączona została umowa konsorcjum zawarta 19 lutego 2021 r. między Pol Invest, a ZRG, zgodnie z którą liderem konsorcjum został Pol Invest.

Przystępujący ponadto złożył gwarancję wadialną z 18 lutego 2021 r., w której gwarant wskazał:

„Ponieważ POL INVEST GROUP SP. Z O.O. z siedzibą: Ul. RADOCHA 4A 41-200 SOSNOWIEC (dalej zwany „Wykonawcą”) składa Ofertę na:

Uporządkowanie wewnętrznej instalacji sprężonego powietrza, wody dołowej, ciepłowniczej, wodnej i ppoż. oraz ustalenie docelowo stacji wymienników dla w/w instalacji w związku z prowadzonymi pracami likwidacyjnymi obiektów" dla SRK S.A. Oddział KWK "Centrum" Znak sprawy: ZP-C-0044/20 (dalej zwaną „Ofertą”), niniejszym podajemy do wiadomości, że Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, (...) jest zobowiązane wobec Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna z siedzibą: Ul. Strzelców Bytomskich 207 41-914 Bytom (dalej zwanego „Zamawiającym”) w kwocie 90 000,00 zł (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych), którą Gwarant zobowiązuje się wypłacić Zamawiającemu, co potwierdza niniejszym”.

Na dalszym etapie postępowania Przystępujący złożył Aneks nr 1 do ww. gwarancji, gdzie również jako wykonawca wskazany został Pol Invest: „Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (...) oświadcza niniejszym,

że na zlecenie Wykonawcy firmy POL INVEST GROUP SP. Z O.O. z siedzibą: UI. RADOCHA 4A 41-200 SOSNOWIEC zmienia się okres ważności Gwarancji”.

Jako dodatkową okoliczność, potwierdzającą zasadność zarzutu nr 1 odwołania Izba uznała, co następuje:

2 marca 2021 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie, w którym wskazał m. in.:

„Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia pełnomocnictwa lub innego dokumentu, z którego wynikać będzie, że lider konsorcjum Pol Invest (...) został umocowany przez członka konsorcjum ZRG (...) do wniesienia wadium celem zabezpieczenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z treści dokumentu winno wynikać, że umocowanie do podjęcia czynności związanej z wniesieniem wadium nastąpiło najpóźniej w dniu 18.02.2021 r. tj. w dniu wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej nr 903013644283 z dnia 18.02.2021 r., wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie na rzecz lidera konsorcjum.

Do oferty zostało załączone pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum z dnia 19.02.2021 r. opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym Pana P. Z. oraz Pana J. Z. z datą 22.02.2021 r. oraz umowa konsorcjum z dnia 19.02.2021 r. opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym z dnia 22.02.2021 r. Z powyższego wynika, iż w dacie udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej Pol Invest Group Sp. z o.o. nie był upoważniony do działania w imieniu drugiego członka konsorcjum tj. ZRG GÓRREM Sp. z o.o. Sp.k., a zatem nie mógł także w jego imieniu wystąpić o zabezpieczenie interesów Zamawiającego w postaci wadium.

W związku z powyższym prosimy o uzupełnienie stosownego dokumentu, z którego to umocowanie będzie wynikało”.

4 marca 2021 r. Przystępujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył następujące dokumenty:

1. Umowę przedwstępną z 17 lutego 2021 r. o wspólnym uczestnictwie w postępowaniu (Dalej: Umowa przedwstępna) określającą zobowiązania stron wraz z pełnomocnictwem dla Pol Invest do wniesienia wadium,
2. Oświadczenie ZRG z 19 lutego 2021 r. o umocowaniu w dacie 18 lutego 2021 r. do wniesienia wadium zabezpieczającego złożoną ofertę.

Umowa przedwstępna w § 1 ust. 1 i 2 stanowiła:

1. Niniejsza umowa jest umową przedwstępną, w ramach której Strony zobowiązują się do zawarcia umowy konsorcjum, zwanej dalej „Umową Konsorcjum”.
2. Przedmiotem niniejszej umowy jest również udzielenie pełnomocnictwa Liderowi do czynności niezbędnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli podjęcie czynności będzie konieczne przed zawarciem umowy przyrzeczonej.

Z kolei § 2 zatytułowany „Pełnomocnictwo” stanowił:

1. Zakład Robót Górniczych GÓRREM sp. z o.o., sp.k z siedzibą w Rudzie Śląskiej udziela Pol Invest Group sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, PEŁNOMOCNICTWA do wszelkich czynności, których podjęcie jest niezbędne w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Uporządkowanie wewnętrznej instalacji sprężonego powietrza, wody dołowej, ciepłowniczej, wodnej i ppoż. oraz ustalenie docelowo stacji wymienników dla w/w instalacji w związku z prowadzonymi pracami likwidacyjnymi obiektów” dla SRK S.A. Oddział KWK "Centrum", znak sprawy: ZP-C-0044/20 - jeżeli podjęcie czynności będzie konieczne przed zawarciem umowy przyrzeczonej.
2. Udzielone pełnomocnictwo obejmuje przede wszystkim pozyskanie gwarancji zapłaty wadium, tj. wniesienie wadium celem zabezpieczenia oferty złożonej przez wykonawców (Strony) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, o którym mowa wyżej.

Zamawiający nie kwestionował ww. dokumentów, a w konsekwencji nie odrzucił oferty Przystępującego z postępowania i 15 marca 2021 r. zaprosił go do udziału w aukcji elektronicznej.

W ocenie Izby zaniechanie powyższe było niezasadne. W świetle ustalonych faktów obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wnioski o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3. Do wniosku powyższego Izba doszła przede wszystkim w oparciu o treść gwarancji wadium złożonej przez Przystępującego. Zarówno treść gwarancji, jak i Aneksu nr 1 do gwarancji jednoznacznie wskazuje, że z punktu widzenia gwaranta wykonawcą, której oferta została zabezpieczona tą gwarancją to Pol Invest. Gwarant oznaczył wykonawcę, którego ofertę zabezpieczył w sposób jasny i nie budzący wątpliwości. Tym samym Izba uznała za udowodnione twierdzenie Odwołującego, który wskazywał, że gwarancja wadium została wystawiona wyłącznie na rzecz Pol Invest, a nie

na rzecz Przystępującego. Przystępujący w toku rozprawy kwestionował zasadność stanowiska Odwołującego, ale nie złożył żadnych dowodów potwierdzających, by Pol Invest wystąpił o wystawienie przedmiotowej gwarancji działając jako lider konsorcjum. Przystępujący nie podjął również próby uprawdopodobnienia, że gwarant miał świadomość, że zabezpieczył ofertę dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie jednego tylko - Pol Invest.

Jako słuszną należy ocenić decyzję Zamawiającego o podjęciu czynności zmierzających do wyjaśnienia kwestii umocowania wykonawcy Pol Invest do reprezentacji Przystępującego w momencie wystawienia spornej gwarancji wadialnej. W ocenie Izby Zamawiający zaniechał jednak krytycznej oceny złożonych 4 marca 2021 r. przez Przystępującego dokumentów. O ile nie leży w kompetencjach Zamawiającego ocena ważności i rzeczywistego (bądź - jak twierdził Odwołujący - fikcyjnego) charakteru zobowiązania wynikającego z Umowy przedwstępnej, to jednak Zamawiający powinien zwrócić uwagę na fakt, że oświadczenie ZRG podpisane 19 lutego 2021 r. dotyczące umocowania Pol Invest w dniu 18 lutego 2021 r. do działania w imieniu ZRG nie miało adresata. Nie wiadomo też jakiemu celowi miało to oświadczenie służyć. Gdyby zostało podpisane po 2 marca 2021 r. byłoby oczywistym, że zostało ono złożone na potrzeby zapewnienia Zamawiającego, że Pol Invest działał w imieniu i na rzecz ZRG. Złożenie takiego oświadczenia przez wezwaniem Przystępującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących gwarancji wadialnej nie miało wyraźnego celu, co biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, czyniło je niewiarygodnym.

Z kolei w świetle treści Umowy przedwstępnej z 17 lutego 2021 r. jednym z głównych celów jej zawarcia było udzielenie pełnomocnictwa Pol Invest do działania w imieniu i na rzecz przyszłego konsorcjum. Przystępujący nie wyjaśnił jednak powodów, dla których do oferty zostało załączone (nie budzące wątpliwości i nie kwestionowane przez Odwołującego) pełnomocnictwo z 19 lutego 2021 r., które umocowało Pol Invest do działania w imieniu Przystępującego.

Efektom odpowiedzi Przystępującego z 4 marca 2021 r. nie było więc wyjaśnienie okoliczności związanych z umocowaniem Pol Invest do reprezentacji Przystępującego w momencie ubiegania się przez niego o gwarancję wadialną.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby dokumenty złożone przez Przystępującego 4 marca 2021 r. nie stanowiły dostatecznej odpowiedzi na pytania Zamawiającego wyrażone w wezwaniu z 2 marca 2021 r. Zabezpieczenie oferty wadium nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości, co do jego skuteczności i prawidłowości. Wobec faktu, że Przystępujący zarówno w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, jak i w toku rozprawy nie zdołał

ww. wątpliwości wyjaśnić oraz wobec treści gwarancji wadialnej, jego oferta podlegała odrzuceniu z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp jako oferta zabezpieczona nieprawidłowym wadium.

Zarzut nr 2

W punkcie 22.1.5 SWZ Zamawiający określił następujące zasady prowadzenia aukcji elektronicznej:

„aukcja trwa dwadzieścia minut. Złożenie co najmniej jednego postąpienia w trakcie ostatnich 10 minut aukcji wydłuża ją o 10 minut dogrywki. Złożenie co najmniej jednego postąpienia w trakcie dogrywki wydłuża czas aukcji o kolejną pięciominutową dogrywkę. Zamawiający nie wprowadza ograniczeń co do liczby dogrywek”.

Z kolei w zaproszeniu jakie Zamawiający skierował 15 marca 2021 r. do wykonawców biorących udział w postępowaniu znajdowała się następująca informacja, co do sposobu prowadzenia aukcji elektronicznej:

„- Planowany termin zamknięcia aukcji: 18.03.2021 o godz. 08:20

- Przedłużenie: 10 min.

Jeżeli w okresie 10 min. przed planowanym terminem zamknięcia pojawi się jakakolwiek nowa oferta, to aukcja zostanie przedłużona o następne 10 min. od czasu złożenia postąpienia i zakończy się dopiero, gdy w ustalonym czasie 10 min. nie pojawi się żadna nowa oferta któregośkolwiek wykonawcy”.

Istotnym dla oceny zasadności zarzutu nr 2 było również wyrażone w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, który wskazał:

„Należy jednak wskazać, iż Zamawiający wskazał reguły postępowania związane z planowaną do przeprowadzenia aukcją elektroniczną w zaproszeniach do wzięcia w niej udziału gdzie wyraźnie wskazano, iż: Jeżeli w okresie 10 min. Przed planowanym terminem zamknięcia pojawi się jakakolwiek nowa oferta, to aukcja zostanie przedłużona o następne 10 min. Od czasu złożenia postąpienia i zakończy się dopiero, gdy w ustalonym czasie 10 min. Nie pojawi się żadna nowa oferta któregośkolwiek wykonawcy.

Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, iż odstępy wynosiły 10 min, a nie jak omyłkowo wskazano w SWZ - 5 min”.

Przytoczone wyżej informacje wskazują w sposób niewątpliwy, że treść zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej było niezgodna z SWZ w zakresie zasad tej aukcji. Ponadto, regulację zawartą w SWZ Zamawiający uznał za omyłkową w części dotyczącej kolejnych dogrywek. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający - pośrednio - sam

przyznał, że jego intencją była zmiana regulacji dotyczącej czasu trwania kolejnych dogrywek z pięciu na dziesięć minut po upływie terminu składania ofert. Co za tym idzie – zawarcie w treści zaproszeń do udziału w aukcji informacji o dłuższych, niż określone w SWZ dogrywkach nie było efektem omyłki, a celowym działaniem.

Zamawiający podniósł, że mimo zmiany (bądź jak wskazywał Zamawiający doprecyzowania) zasad prowadzenia aukcji elektronicznej nie doszło do żadnej szkody po stronie Odwołującego, ani innych wykonawców, a „nowe” zasady były znane wykonawcom i niekwestionowane przez nich. Zamawiający twierdził również, że aukcja została przeprowadzona w sposób w pełni zgodny z informacją zawartą w zaproszeniu skierowanym do wykonawców. Powyższe dowodzić miało, że wprowadzona 15 marca 2021 r. miała nieistotny dla wyniku postępowania charakter. Wskazać jednak należy, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia na zasadach określonych w SWZ jest uprawnieniem wykonawców, zatem dokonanie zmiany tych zasad po upływie terminu składania ofert stanowiło naruszenie tych uprawnień. O ile szkoda taka nie miała charakteru wymiernego, to z całą pewnością Odwołujący uprawniony był dochodzić swoich praw w drodze wniesienia odwołania.

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego nie zasługiwało na uwzględnienie. Wprowadzanie modyfikacji SWZ po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne. O ile – w niektórych przypadkach - możliwe jest uznanie określonych odstępstw od treści SWZ za nieistotne to dotyczyć to może przede wszystkim drobnych uchybień o charakterze formalnym. Aukcja elektroniczna to akt bezpośredniej konkurencji pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu. Z tego względu określone w SWZ zasady tej aukcji mają niezwykle ważny charakter dla wyniku postępowania. Dwukrotne wydłużenie czasu trwania dogrywek w aukcji nie sposób uznać zatem za nieistotną zmianę czy poprawę „omyłki” w treści SWZ.

W konsekwencji Izba uznała zarzut nr 2 odwołania za zasadny.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności z:

1. oferty Przystępującego wraz załącznikami,
2. dokumentów złożonych przez Przystępującego 4 marca 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z 2 marca 2021 r.,
3. SWZ i ogłoszenia o zamówieniu,
4. zaproszeń do aukcji elektronicznej z 15 marca 2021 r.,
5. dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron oznaczonych jako dowody nr 1, 2 i 3.

Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia odwołania dokumenty złożone przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron oznaczone jako dowody nr 4 i 5. Dokumenty te, jako dotyczące innego postępowania nie miały związku ze sprawą.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....