

sygn. akt: KIO 552/18

POSTANOWIENIE
z dnia 5 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 5 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2018 r. przez Odwołującego – Orlen Oil sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach, przy udziale wykonawcy Flukar sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. odrzucić odwołanie
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Odwołującego i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do treści art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn.: „Dostawa olejów silnikowych, maszynowych, przekładniowych, hydraulicznych, turbinowych, transformatorowych itp. dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej Sp. z o.o. w 2018 roku”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 grudnia 2017 r. pod nr 22017/S 241-501293.

16 marca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w Postępowaniu o wyborze, jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia, oferty złożonej przez wykonawcę Flukar sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej „Wykonawca F”).

26 marca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy Orlen Oil sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę F, pomimo że nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), ponieważ zaoferowane produkty nie stanowią olejów silnikowych, których dostawa stanowiła przedmiot zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca F. Izba, wobec spełniania przez zgłaszającego przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy F do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że okoliczności stanu faktycznego nie były sporne. Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty. 11 stycznia 2018 r. Zamawiający umieścił na swojej stronie internetowej informację o ofertach złożonych na poszczególne części zamówienia, z której wynikało m.in., że w części 1 zamówienia ofertę złożył Przystępujący. 9 lutego 2018 r. Zamawiający przesłał wykonawcom informację o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej, zawierającą m.in. informację o ofertach odrzuconych, wśród których nie było

oferty Wykonawcy F złożonej w części 1 zamówienia. Niezwłocznie po zakończeniu aukcji Zamawiający upublicznił informację o jej wynikach (15 lutego 2018 r.). Z jej treści wynikało, że w zakresie części 1 zamówienia w aukcji brał udział m.in. Przystępujący.

Izba zważyła – odwołanie podlegało odrzuceniu na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. jako wniesione po upływie ustawowego terminu.

Z istoty aukcji elektronicznej wynika, że zaproszenie do udziału w niej adresowane jest wyłącznie do wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Wniosek taki nasuwa treść przepisu art. 91a ust. 1 zdanie pierwsze *in fine* oraz art. 91b ust. 1 *in fine* Pzp. Oznacza to, że zanim Zamawiający ustali krąg podmiotów uprawnionych do udziału w aukcji (oraz okoliczność, czy w ogóle aukcja może zostać przeprowadzona) zobligowany jest do zbadania ofert pod kątem przesłanek z art. 89 ust. 1 Pzp, odnoszącego się do przypadków, w których oferty podlegają odrzuceniu. Skoro zatem w odwołaniu wniesionym po wyborze oferty Przystępującego sformułowano wyłącznie zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, to dotyczy ono czynności, które Zamawiający wykonywał przed odbyciem aukcji elektronicznej.

W konsekwencji rozważyć należało w jakim terminie Odwołujący powinien był podnosić wspomniany zarzut. Skład orzekający stwierdził, że wobec przedstawionego powyżej porządku czynności oczekiwanie na zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i obliczanie terminu zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp było nieuprawnione. Izba przyjęła, że w tej sprawie termin na wniesienie odwołania winien być liczony w oparciu o art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym odwołanie 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. O okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania (zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego) Odwołujący powinien był dowiedzieć się 9 lutego 2018 r., tj. z momentem przesłania mu zaproszenia do udziału w aukcji. Jakkolwiek z treści tego pisma nie wynika wprost, że do udziału w niej został zaproszony również Wykonawca F, tym niemniej z faktu złożenia przez niego oferty na część 1 zamówienia, o której Odwołujący powinien powziąć wiadomość z dniem 11 stycznia 2018 r. (zamieszczenie na stronie internetowej Zamawiającego wykazu ofert złożonych w Postępowaniu) i braku informacji o odrzuceniu oferty Wykonawcy F w tej części zamówienia (9 lutego 2018 r.), Odwołujący powinien był wyprowadzić wniosek, że oferta Przystępującego została przez Zamawiającego uznana za nie podlegającą odrzuceniu.

Nawet gdyby odrzucić powyższą interpretację okoliczności poprzedzających wybór oferty Przystępującego i przyjąć względniejszą dla Odwołującego podstawę obliczania

terminu na wniesienie odwołania należałoby uznać, że rozpoczął on bieg 15 lutego 2018 r., tj. w dacie zamieszczenia na stronie Zamawiającego informacji o przebiegu aukcji. Nie sposób bowiem przyjąć, że wykonawca biorący udział w postępowaniu nie jest zainteresowany jego przebiegiem, zwłaszcza w zakresie czynności bezpośrednio związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji postanowienia) orzeczono biorąc pod uwagę przepisy art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: