

Sygn. akt: KIO 261/14

**WYROK**  
**z dnia 24 lutego 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**                      **Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Protokolant:**                              **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lutego 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2014 r. przez wykonawcę **MAS Sp. z o.o. z Katowic** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z Jastrzębia Zdroju**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MAS Sp. z o.o. z Katowic** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MAS Sp. z o.o. z Katowic** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **MAS Sp. z o.o. z Katowic** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z Jastrzębia Zdroju** kwotę **3 953 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięćdziesiąt trzy złote zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy dla kopalń JSW S.A. spoiw mineralno-cementowych w łącznej ilości 10 858 ton z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. (dalej „zamawiający”) wykonawca Mas Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec dokonania oceny warunków udziału i spełnienia wymogów przez oferowane wyroby przy zastosowaniu różnych, bliżej nie określonych kryteriów ze skutkiem niezapewnienia odwołującemu równych warunków udziału z innymi wykonawcami i pominięcia odwołującego w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej oraz wobec zaniechania wyboru najkorzystniejszej oferty przy zachowaniu warunków przewidzianych w SIWZ i ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] przy zastosowaniu aukcji elektronicznej z udziałem wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu i przeprowadzenie aukcji elektronicznej bez udziału oferty odwołującego oraz wobec zwłoki w oświadczeniu, jakie winien złożyć zamawiający bez nieuzasadnionego opóźnienia w trybie art. 92 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1, a w konsekwencji art. 91a, art. 91b ust. 1, a także art.89 oraz art. 92 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zażądał:

1. uwzględnienia odwołania,
2. unieważnienia czynności zamawiającego w części dotyczącej zadania nr 1 w zakresie badania i oceny ofert, zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadzenia aukcji na zadanie nr 1 bez udziału odwołującego,
3. nakazania powtórzenia tych czynności z udziałem odwołującego i jego oferty
4. zasądzenia na rzecz odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego w sprawie i opłaty od pełnomocnictwa,
5. zobowiązania zamawiającego do przedstawienia pełnej dokumentacji postępowania.

Odwołujący uznał, że spełnia warunki podmiotowe udziału w postępowaniu, ponieważ złożył zamawiającemu wymagane w pkt 7.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) dokumenty odnoszące się do jego udziału w postępowaniu. Uznał także, że oferowane przez niego wyroby spełniają warunki i wymogi stawiane przez zamawiającego, na dowód czego złożył oświadczenie oraz wymagane przez zamawiającego na tę okoliczność dokumenty w odniesieniu do przedmiotu określonego w zadaniach nr 1 i 5, których oferta odwołującego dotyczy.

Podał, że szczegółowe wymagania techniczno-użytkowe odnoszące się do zadań

objętych ofertą odwołującego to charakterystyka właściwości przedmiotu zamówienia i wykonawca mógł i powinien potwierdzić je:

- z wykorzystaniem dokumentacji technicznej lub techniczno-ruchowej zawierającej m.in. charakterystykę spoiwa, jednak pod warunkiem zgodności tej dokumentacji z dokumentacją stanowiącą podstawę wydania certyfikatu wystawionego przez jednostkę certyfikującą, potwierdzającego zgodność wykonania wyrobu z dokumentacją lub dokumentacją techniczno-ruchową oraz potwierdzającego bezpieczeństwo stosowania wyrobu w podziemnych zakładach górniczych  
lub
- przy pomocy innych dokumentów w tym wydanych przez jednostkę prowadzącą badania i ocenę wyrobów będących przedmiotem zamówienia, potwierdzających spełnienie wymagań zamawiającego.

Odwołujący podał, że w zakresie każdego zadania złożył zarówno dokumentację techniczno-ruchową oferowanych spoiw cementowych, jak i sprawozdanie jednostki notyfikowanej dla potwierdzenia właściwości wyrobu oczekiwanych przez zamawiającego, których nie zawierała przedstawiona zamawiającemu dokumentacja techniczno-ruchowa. Wskazał, że w zakresie obu oferowanych wyrobów poddał badaniom i przedstawił wyniki w zakresie wszystkich oczekiwanych przez zamawiającego parametrów: Wytrzymałości na ściskanie w oznaczonym przez zamawiającego czasie, Czasu wiązania, Współczynnika rozmiękczenia, Rozlewności, Gęstości objętościowej i Wydajności.

Wyjaśnił, że w zakresie oceny właściwości zadań Zamawiający przyjął takie same jednostki charakterystyki i granice w oznaczeniu wielkości danej badanej cechy, tj. do 1 miejsca albo do 2 miejsca po przecinku, a jedyne rozróżnienie (z bliżej nie ustalonych dla odwołującego przyczyn) występuje w zakresie cech: a) „Wytrzymałości na ściskanie”, gdzie w zakresie 2 oraz 5 zadania zamawiający nie oznacza liczby miejsc po przecinku. Dodał, że w pozostałych zadaniach lub części tych samych zadań, w których cecha „Wytrzymałości na ściskanie” występuje zamawiający używa oznaczenia dopuszczającego 1 miejsce po przecinku. Zdaniem odwołującego oznaczać to może, iż zamawiający oczekiwał zastosowania metody tzw. zaokrąglenia prezentacji wyniku w zakresie tych elementów charakterystyki liczbowej właściwości danego wyrobu. Wyjaśnił, że ponieważ nie zna podstaw takiej czy innej prezentacji wyników, w przedstawionych badaniach posłużył się w taki sposób wielkościami charakteryzującymi daną cechę, w jaki jednostka badająca wartość tej cechy przedstawiła ją tak, aby fakt potencjalnego zaokrąglenia wyniku stał się widoczny i pozwalał na pełniejszą ocenę prezentowanej wielkości danej cechy.

Wskazał, że w zakresie jednego z kryteriów oceny zamawiający, wskazując wielkości charakterystyki: „Maksymalnego zużycia” czy „Maksymalnego zużycia spoiwa mineralnego”

nie wyjaśnił, czy pojęcia te zawierają ten sam zbiór desygnatów, jednak uznał, zważywszy na fakt występowania w obu przypadkach takich samych jednostek charakteryzujących tę cechę, że zbiory te nic różnicuje.

Podniósł, że zamawiający nie zdefiniował również sposobu oznaczania wielkości danego parametru z w/w zbioru np. przez wskazanie normy, którą należałoby przyjąć do tego celu. Wskazał, że jednostki badawcze, których sprawozdania przedstawił z ofertą, także nie podają normy, która miałaby zastosowanie dla ustaleń „maksymalnego zużycia” czy maksymalnego zużycia spoiwa mineralnego”. Takie normy wskazano natomiast w odniesieniu do innych parametrów właściwości oczekiwanych przez zamawiającego. Zauważył, że jednostki badawcze jak też i inni oferenci nie tylko nie powołują normy do oznaczenia stopnia „maksymalnego zużycia” czy maksymalnego zużycia spoiwa mineralnego”, ale też nie posługują się tym pojęciem w dokumentach technicznych czy sprawozdaniach lecz używają pojęcia: „wydajność” i prezentują ten parametr w dwojaki sposób, tj. przy użyciu jednostek:  $t/m^3$ , względnie przy użyciu jednostek odwróconych wielkości”  $m^3/t$ .

Podał, że w złożonej ofercie jednostka badawcza GIG w swym sprawozdaniu posługuje się również pojęciem wydajności, a nie pojęciem „maksymalnego zużycia” i procedurą wyznaczania gęstości i normą stosowaną w tym zakresie, stosując jednostkę:  $Mg/m^3$ , natomiast jednostka badawcza OBAC posługuje się w sprawozdaniu pojęciem „wydajności”, ale już procedurą własną i oznaczeniem „wydajności” w:  $m^3/t$ .

Oświadczył, że celem usunięcia wątpliwości w kwestii tożsamości właściwości oferowanego wyrobu, prezentowanych w ujęciu  $m^3/t$  z właściwościami charakteryzowanymi w jednostce  $t/m^3$  wystąpił (jeszcze przed złożeniem oferty) do jednostki badawczej, której sprawozdanie zamierzał przedłożyć. Wskazał, że wątpliwości takie rozwiązała spółka OBAC wskazując, na pytanie odwołującego, że podany w sprawozdaniu parametr wydajności w jednostkach  $m^3/t$  jest parametrem charakteryzującym tak rozumiane „maksymalne zużycie” w podanym - w odwróconej proporcji - zakresie, przy zastosowaniu dla ujęcia parametru  $m^3/t$  wzoru:  $W=(w/s=1)/g$ , a dla parametru  $t/m^3$  wzoru:  $W=g/(w/s+1)$ .

Podał, że ponieważ dla wyrobów oferowanych w zakresie zadania 5 dysponował sprawozdaniem GIG wyrażającym wynik swych badań w jednostkach  $Mg/m^3$ , to taki parametr zawarł w swym oświadczeniu, używając terminologii zamawiającego z zadania 5: „Maksymalne zużycie spoiwa mineralno-cementowego”, tam zaś, gdzie dysponował sprawozdaniem OBAC posługującym się jednostką  $m^3/t$  w swym oświadczeniu, używając terminologii Zamawiającego z zadania 1 „Maksymalne zużycie”, złożył oświadczenie, przeliczając wartości w  $m^3/t$  na wartości na wartości  $t/m^3$  wg wzoru wskazanego przez jednostkę badawczą, która badanie wykonała. W konsekwencji wartość  $66m^3/t$  została przedstawiona w postaci  $1,5t/m^3$  przy zaokrągleniu wyniku  $1,507t/m^3$  do jednego miejsca po

przecinku, jak oczekiwał tego zamawiający.

Podał, że pozostałe parametry jakich, dla wykazania właściwości przedmiotu zamówienia, żądał zamawiający nie wykazują rozbieżności w ujęciu jednostek przy pomocy, których prezentowane winny być wyniki badań ze sprawozdań przedkładanych przez zamawiającego, a nadto, że pozostałe warunki, których wykazania żądał zamawiający nie mogą budzić wątpliwości interpretacyjnych bowiem użyta przez zamawiającego terminologia nie budzi wątpliwości.

Wyjaśnił, że kwestia zamienności jednostek prezentujących wyniki badań w zakresie wymogu „Maksymalnego zużycia” czy „Wydajności” nie budziła wątpliwości u uczestników postępowania, ponieważ w tym przedmiocie zamawiający nie udzielił żadnej odpowiedzi na pytanie.

Wskazał, że zamawiający w pkt. 15 SIWZ przewidział przeprowadzenie wyboru najkorzystniejszej oferty przy zastosowaniu aukcji elektronicznej w przypadku złożenia co najmniej 3 ofert nie podlegających odrzuceniu. Podał, że w dniu 10 lutego 2014 r. zamawiający powiadomił go faxem o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej, ale zaproszenie dotyczyło tylko Zadania nr 5 co oznaczało iż zamawiający, dokonując oceny ofert ustalił prawo odwołującego do udziału tylko w zakresie tego zadania ze skutkiem odrzucenia oferty Odwołującej w pozostałym zakresie.

Wyjaśnił, że złożył ofertę na dwa zadania: nr 1 i 5, oferując wyroby charakteryzujące się właściwościami potwierdzonymi załączonymi dokumentami w taki sam sposób, a złożone oświadczenie w przedmiocie niepodlegania wykluczeniu, jak też spełnienia wymogów udziału oraz spełnienia warunków oczekiwanych przez zamawiającego w odniesieniu do oferowanych wyrobów nie budziło wątpliwości zamawiającego, bowiem zamawiający nie żądał ani uzupełnienia w tym zakresie, ani też złożenia wyjaśnień poza jedną, wyjaśnioną w zakresie zadania nr 5 kwestią.

Wedle odwołującego nie było podstaw do kwestionowania ani warunków jego udziału, ani warunków oferowanych przez nią wyrobów, toteż stanowisko zamawiającego wyrażone w akcie zaproszenia do aukcji elektronicznej tylko w zakresie zadania nr 5 stanowi dowód zaniechania dopuszczenia odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty z niewyjaśnionych w jakikolwiek sposób przyczyn. Doszedł na tej podstawie do wniosku, że zamawiający dokonał badania i oceny oferty odwołującego w zakresie zadania nr 1 przy wykorzystaniu innych, bliżej nie znanych i nie określonych SIWZ kryteriów, czym naruszył zasadę zapewnienia odwołującemu równego udziału w postępowaniu oraz zasadę wyboru najkorzystniejszej oferty tylko po przeprowadzeniu postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Uznał, że zważywszy na fakt, iż do dnia złożenia odwołania zamawiający nie złożył oświadczenia o treści odpowiadającej normom art. 92 ust. 1 i 2 ustawy Pzp pomimo, iż od

dnia zaproszenia i przeprowadzonej aukcji upłynął już odpowiedni czas na dokonanie tych czynności, również zarzut zwłoki zamawiającego w tym zakresie jest uzasadniony.

**Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odpowiedzi zamawiającego z dnia 24 lutego 2014 r., pisemnego stanowiska odwołującego w zakresie dysponowania przez zamawiającego narzędziem pozwalającym na wyjaśnienie wątpliwości co do treści oferty odwołującego, złożonego na rozprawie, a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Izba ustaliła, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę w zakresie zadania nr 1, którego dotyczy odwołanie, jednak nie został zaproszony przez zamawiającego do udziału w aukcji elektronicznej. Ponieważ zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do nakazania zamawiającemu zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, to uznać należy, że w jej trakcie odwołujący mógłby zaoferować najniższą cenę (jedyne kryterium oceny ofert – pkt 14.5 SIWZ) i tym samym miałby szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN) [dalej „Protokół”].
2. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
3. Oferty odwołującego się wykonawcy.
4. Zaproszenia do aukcji – wskazany czas rozpoczęcia 6 lutego 2014 r. godz. 9<sup>00</sup>, złożonego przez odwołującego na rozprawie.

Zarzut dokonania przez zamawiającego oceny warunków udziału i spełnienia wymogów przez oferowane wyroby przy zastosowaniu różnych, bliżej nie określonych kryteriów (ze skutkiem niezapewnienia odwołującemu równych warunków udziału z innymi wykonawcami i pominięcia odwołującego w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej) oraz zaniechania dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty przy zachowaniu warunków przewidzianych w SIWZ i ustawie Pzp przy zastosowaniu aukcji elektronicznej z udziałem wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu i przeprowadzenia aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 1 bez udziału oferty odwołującego nie może zostać uwzględniony.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zamawiający w pkt. 15 SIWZ wskazał, że w przypadku złożenia co najmniej 3 niepodlegających odrzuceniu ofert, po dokonaniu oceny ofert, przeprowadzi - w celu wyboru najkorzystniejszej oferty - aukcję elektroniczną.

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 5. Odwołujący został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej jedynie w zadaniu nr 5, nie został natomiast zaproszony w zakresie zadania nr 1, którego odwołanie dotyczy.

Z pkt. 9 Protokołu wynika, że w zadaniu nr 1 oferty złożyło, oprócz odwołującego, 4 innych wykonawców (4 inne oferty).

Z pkt. 11 oraz 12 Protokołu wynika, że w zadaniu nr 1 nie wykluczono żadnego wykonawcy, zaś jedyną ofertą podlegającą odrzuceniu jest oferta odwołującego. Oznacza to, że zamawiający, wedle dokonanej przez siebie oceny ofert, dysponował 4 niepodlegającymi odrzuceniu ofertami, a zatem w świetle przepisu art. 91a ust. 1 ustawy Pzp i postanowienia pkt. 15 SIWZ mógł przeprowadzić aukcję elektroniczną w zadaniu nr 1.

W pierwszej kolejności przypomnienia wymaga, że czynność zawiadomienia wykonawców o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi uzewnętrznienie wobec wykonawców podjęcia przez zamawiającego, w następstwie czynności badania i oceny ofert, a w przypadku postępowania z wykorzystaniem aukcji, w następstwie jej przeprowadzenia, decyzji co do wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych. Zawiadomienie to, zawierając informacje, o których mowa w art. 92 ust. 1 i 2 ustawy Pzp daje wykonawcom możliwość poznania przyczyn (uzasadnienie faktyczne i prawne), które doprowadziły do danej decyzji zamawiającego, a jednocześnie umożliwia wykonawcom sformułowanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Pomimo oczywistej odmienności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

z wykorzystaniem aukcji elektronicznej (w szczególności: złożenie niepodlegającej odrzuceniu, najkorzystniejszej cenowo pisemnej oferty w postępowaniu, gdzie cena jest jedynym kryterium wyboru nie gwarantuje wykonawcy uzyskanie zamówienia; aukcja elektroniczna musi być poprzedzona oceną ofert przez zamawiającego i ustaleniem, czy i które oferty nie podlegają odrzuceniu) ustawodawca nie przewidział odmiennych reguł w zakresie obowiązku informacyjnego zamawiającego o wynikach postępowania. Oznacza to, że tak jak w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (bez wykorzystania aukcji elektronicznej) zamawiający ma, zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązek niezwłocznego, łącznego zawiadomienia wykonawców w szczególności o wyborze najkorzystniejszej oferty, a jednocześnie o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przeprowadził już aukcję elektroniczną w zadaniu nr 1, jednak nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej, który to wybór musi nastąpić, aby zaktualizował się obowiązek zamawiającego, nałożony przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, tj. m.in. zawiadomienie wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. I choć zdarza się, że praktyka zamawiających, którzy przewidzieli w postępowaniu (w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego czy negocjacji z ogłoszeniem) aukcję elektroniczną bywa inna, tj. zamawiający przed przeprowadzeniem aukcji zawiadamiają uczestników o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni i o wykonawcach, których oferty podlegają odrzuceniu / zostały odrzucone, to praktyka ta nie może wpływać na ocenę zgodności podejmowanych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu czynności z ustawą Pzp.

Przeprowadzenie przez zamawiającego oceny ofert, która to ocena musi poprzedzać – warunkuje przeprowadzenie aukcji elektronicznej nie nakłada na zamawiającego obowiązku niezwłocznego powiadamiania o tym, że oferta danego wykonawcy podlega odrzuceniu. Co więcej, ustawa Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku informowania wykonawcy o tym, że nie zostanie on zaproszony do udziału w aukcji (niezależnie od tego, czy będzie to następstwem wykluczenia wykonawcy i będącej jego konsekwencją uznania, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, czy będzie to następstwem oceny przez zamawiającego, że oferta danego wykonawcy podlega odrzuceniu).

Kwestionowanie przez odwołującego prawidłowości badania i oceny ofert, a także zaniechania zaproszenia go do aukcji elektronicznej przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wobec obowiązku poprzedzenia aukcji oceną ofert i wobec obowiązku łącznego zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (co jest możliwe po przeprowadzeniu aukcji) i ofertach, które zostały odrzucone, jest przedwcześnie.

Wskazać należy, że odwołującemu w dniu wniesienia odwołania, ze względu na brak zawiadomienia o wynikach przedmiotowego postępowania w zadaniu nr 1, nie były znane powody, dla których zamawiający nie zaprosił go do udziału w aukcji elektronicznej. Odwołujący, formułując zarzuty odwołania oparł się jedynie na własnych przypuszczeniach, na własnej ocenie potencjalnych przyczyn, które doprowadziły do tego, że zamawiający nie zaprosił go do udziału w aukcji elektronicznej, a nadto na porównaniu działań podejmowanych przez zamawiającego w zakresie zadania nr 5.

Dostrzeżenia wymaga, że choć zamawiający prowadzi jedno postępowanie, to każda z jego części (zamawiający dopuścił w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składanie przez wykonawców ofert w każdym z pięciu zadań – dopuścił składanie ofert częściowych – pkt 4.3. SIWZ) – na co wielokrotnie Izba wskazywała w swoim orzecznictwie – należy traktować odrębnie w szczególności co do terminu przeprowadzenia aukcji, jak i terminu badania ofert.

Z tego chociażby powodu bezpodstawnie odwołujący przyjął, że czynności zamawiającego w zadaniu nr 5 były prawidłowe (zawiadomienie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla tego zadania nie zostało jeszcze przekazane przez zamawiającego, stąd wynik postępowania w tej części może jeszcze zostać zakwestionowany przez wykonawców) i oczekiwał takich samych kroków zamawiającego, nadto w tym samym czasie w zadaniu nr 1.

Nadto zwrócenia uwagi wymaga różna terminologia, jaką wykorzystał ustawodawca w przepisie art. 91a ust. 1 ustawy Pzp (oferty niepodlegające odrzuceniu) oraz w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (oferty odrzucone).

W ocenie składu orzekającego rozróżnienie to ma znaczenie i związane jest z możliwością przeprowadzenia aukcji elektronicznej (przez komisję przetargową), zanim kierownik zamawiającego zatwierdzi propozycję komisji w szczególności co do odrzucenia oferty któregośkolwiek z wykonawców (łącznie z wyborem najkorzystniejszej oferty). Innymi słowy czym innym jest „oferta podlegająca odrzuceniu” (ocena komisji przed zatwierdzeniem przez kierownika zamawiającego, warunkująca przeprowadzenie aukcji elektronicznej), a czym innym „oferta odrzucona”.

Przypomnienia także wymaga, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie Pzp, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp) i z tego względu uznać należy, że w postępowaniu, w którym zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną dopiero pisemne zawiadomienie skierowane przez zamawiającego do wykonawcy o wynikach postępowania (informacje, o których mowa w art. 92 ust. 1 i 2 ustawy Pzp), nie zaś wnioskowanie przez

wykonawcę o decyzjach (czynnościach / zaniechaniach) zamawiającego na podstawie innych decyzji (czynności) daje mu podstawy do kwestionowania (poprzez wniesienie odwołania) wszystkich czynności (zaniechań) zamawiającego, o których efektach zamawiający w tym zawiadomieniu informuje (w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy).

Skład orzekający Izby, stojąc na stanowisku, że złożenie przedmiotowego odwołania w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oceny istnienia podstaw do odrzucenia oferty odwołującego było przedwczesne, nie kwestionuje przy tym możliwości złożenia odwołania wobec czynności (zaniechania) zamawiającego co do zaproszenia do aukcji elektronicznej. Przykładowo jedynie wskazać należy, że możliwe jest złożenie odwołania wobec zaniechania przez zamawiającego podania wszystkich informacji zawartych w przepisie art. 91b ust. 2 ustawy Pzp, czy wobec zaproszenia do udziału w aukcji wykonawcy, który oferty w danym postępowaniu w ogóle nie złożył.

Wobec powyższego, skład orzekający Izby, uznając, że zarzut jest przedwczesny nie mógł zarzutu tego uwzględnić.

Zarzut zwłoki w oświadczeniu, jakie winien złożyć zamawiający w trybie art. 92 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zamawiający do dnia rozprawy nie zawiadomił wykonawców w zakresie zadania nr 1 (ani w zakresie zadań 2, 3 i 5, w których przeprowadził aukcję elektroniczną) o wynikach postępowania.

Jedynym zadaniem, w którym zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej (w dniu 15 stycznia 2014 r.) było zadanie nr 4, w którym zamawiający nie przeprowadził aukcji z uwagi na złożenie w tym zadaniu tylko 1 oferty (pkt 15 i 9 Protokołu).

Aukcja elektroniczna w zakresie zadania nr 1 została przeprowadzona w dniu 6 lutego 2014 r.

W odwołaniu odwołujący stwierdził: „Zważywszy na fakt, iż do dnia złożenia odwołania Zamawiający nie złożył oświadczenia o treści odpowiadającej normom art. 92 ust. 1 i 2 pomimo, iż od dnia zaproszenia i przeprowadzonej aukcji upłynął już odpowiedni czas na dokonanie tych czynności również zarzut zwłoki Zamawiającego – w tym zakresie – należy uznać za uzasadniony”.

Na rozprawie odwołujący odnośnie do tego zarzutu wskazał: „nic nie stało na przeszkodzie, aby po przeprowadzeniu w dniu 6 lutego 2014 r. aukcji elektronicznej w zadaniu nr 1, a przed złożeniem odwołania, to jest przed 13 lutego 2014 r., zamawiający wywiązał się z obowiązku poinformowania o wynikach postępowania”.

Twierdzenie odwołującego co do upływu „odpowiedniego” czasu pozwalającego zamawiającemu na zawiadomienie o wynikach postępowania odwołujący pozostawił całkowicie gołosłownym, a to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu.

Fakt upływu 4 dni roboczych od dnia, w którym przeprowadzono aukcję elektroniczną w zadaniu nr 1 (06.02.2014 r.) do złożenia przez odwołującego odwołania (13.02.2014 r.) sam w sobie nie może uzasadniać przypisania zamawiającemu zaniechania, polegającego na niezwłocznym zawiadomieniu o wynikach postępowania, stąd skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutu.

Ponieważ skład orzekający Izby nie uwzględnił żadnego z zarzutów odwołania, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 lit. a i b 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).

**Przewodniczący:** .....