

Sygn. akt: KIO 2109/16

WYROK
z dnia 22 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Sylwia Jankowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 listopada 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 listopada 2016 r.** przez wykonawcę: **RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów** adres do korespondencji **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz, ul. Energetyczna 1, 85-950 Bydgoszcz**, przy udziale konsorcjum firm:

ERBUD S.A. (lider), ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa; YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH, Floridsdorfer Hauptstrasse 1-7/25.0G, 1210 Wiedeń, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów** adres do korespondencji **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz, ul. Energetyczna 1, 85-950 Bydgoszcz** unieważnienie ogółu czynności w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów** adres do korespondencji **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz, ul. Energetyczna 1, 85-950 Bydgoszcz**,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów** adres do korespondencji **PGE Górnictwo i**

Energetyka Konwencjonalna Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz, ul. Energetyczna 1, 85-950 Bydgoszcz na rzecz odwołującego: **RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz**, kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w trybie negocjacji bez ogłoszenia pn. „Budowa instalacji katalitycznego odazotowania spalin dla dwóch kotłów OP-230 w ECB”- GEK/PMR-ECB/04926/201, w dniu 7 listopada 2016 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu (zwany dalej: „odwołującym”), w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec powiadomienia odwołującego drogą elektroniczną w dniu 28 października 2016 r. o wyborze oferty konsorcjum firm: ERBUD S.A. (lider) z siedzibą w Warszawie; YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie. Izba postanowiła nie uwzględnić wniosków zamawiającego i przystępującego po jego stronie wykonawcy o odrzucenie odwołania, jako dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) i wniesionego z uchybieniem terminu, gdyż według przekonania zamawiającego termin ten powinien być liczony od przekazania SIWZ, lub od powiadomienia z dnia 26 października 2016 r. o unieważnieniu czynności zaproszenia do udziału w aukcji wyznaczonej na dzień 27 września 2016 r.

Zdaniem Izby, z treści pism kierowanych do wykonawców, wynika, że została unieważniona czynność zaproszenia uczestników przetargu do udziału w „ww. aukcji w dniu 27 września 2016 r.”, a nie zostały unieważnione postanowienia SIWZ taką aukcją przewidujące. Ponadto jak wskazywał sam zamawiający, w korespondencji i do protokołu rozprawy, miało to związek z wniesionym w dniu 22 września 2016 r. odwołaniem przez wykonawcę GE Power Sp. z o.o. Faktycznie o odstąpieniu w ogólności od przeprowadzenia aukcji odwołujący powziął wiadomość z powiadomienia z dnia 28 października 2016 r. o wyborze oferty konsorcjum firm: ERBUD S.A. - bez zastosowania aukcji.

Aukcja z 27 września 2016 r. została odwołania wiadomością elektroniczną z dnia 26 września 2016 r., zatem nie wymagała ponownego anulowania w dniu 26 października 2016r., do tego odnoszącego się do aukcji z dnia 27 września 2016 r., a więc wstecznie. Zabiegi interpretacyjne zamawiającego budzą sprzeciw Izby, gdyż nasuwają wnioski, że zamawiający celowo gmatwał temat, aby wykonawcy utracili termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

W przekonaniu Izby, w oparciu o dokumenty, tj. SIWZ i korespondencję oraz działania podejmowane przez zamawiającego, odwołujący mógł mieć pełne i uzasadnione przekonanie, iż do aukcji dojdzie, tyle tylko że w późniejszym terminie. O definitywnym odstąpieniu od przeprowadzenia aukcji dowiedział się dopiero z powiadomienia o wyborze oferty przystępującego w dniu 28 października 2016 r., zatem odwołanie z dnia 7 listopada 2016 r. zostało wniesione z zachowaniem terminu, i dotyczy podjętych czynności zamawiającego, będących następstwem wadliwych postanowień SIWZ. Izba nie podzieliła również poglądów zamawiającego i przystępującego, że brak zaskarżenia niezgodnych z przepisami postanowień SIWZ przez odwołującego, pozbawił go możliwości wniesienia odwołania, w przypadku gdy zamawiający z pominięciem wadliwych zapisów SIWZ rozstrzygnął przetarg. Nawet jeżeli odwołujący dostrzegł nieprawidłowość wyznaczenia aukcji w tym przetargu, i sygnalizował to zamawiającemu po upływie terminu na skarżenie postanowień SIWZ, decydujące znaczenie miał charakter stwierdzonych naruszeń, jako sprzeciwiających się bezwzględnie obowiązującym przepisom prawa, co Izba bierze pod uwagę, jednocześnie badając ich wpływ na wynik postępowania. Postanowienia dyspozytywne SIWZ - uzależnione od woli zamawiającego, jeżeli nie zostaną zaskarżone w terminie ustawowym pozostają wiążące.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 9 listopada 2016 r. drogą elektroniczną, pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom w dniu 10 listopada 2016 r. zgłosił wykonawca wybrany konsorcjum ERBUD S.A. (lider) z siedzibą w Warszawie; YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH (dalej „konsorcjum ERBUD”), który powołał się na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego i utrzymania w mocy czynności wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum ERBUD S.A. (lider) z siedzibą w Warszawie; YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH do udziału w sprawie w charakterze uczestnika postępowania, uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) zwaną „ustawą Pzp” lub „Pzp” tj.:

I. Art. 7 i art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez wybór oferty konsorcjum ERBUD S.A. - YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH, jako najkorzystniejszej, bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej, pomimo iż jej przeprowadzenie zostało przewidziane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

II. art. 7, art. 91a oraz art. 91b ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez zaniechanie przeprowadzenia aukcji elektronicznej, pomimo iż została ona przewidziana przez zamawiającego w SIWZ, jako obowiązkowa,

III. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

Wskazując na powyższe, odwołujący wnoszą o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum ERBUD jako najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia aukcji elektronicznej zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto odwołujący wnoszą o:

- 3) przeprowadzenie dowodów wnioskowanych na rozprawie,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg. norm przepisanych, w oparciu o rachunek przedstawiony w trakcie rozprawy.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że posiada interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania, gdyż wskazane powyżej, niezgodne z przepisami ustawy czynności i zaniechania podjęte przez zamawiającego w trakcie postępowania, mogą pozbawić go możliwości uzyskania zamówienia publicznego. W przypadku dokonania czynności zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w której odwołujący mógłby zmodyfikować cenę swojej oferty, a co za tym idzie jego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą i w konsekwencji to odwołującemu mogłoby zostać przyznane zamówienie.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 28 października 2016 r. otrzymał informację o wyborze oferty konsorcjum ERBUD jako oferty najkorzystniejszej. W chwili otrzymania tej informacji powziął wiadomość, że pomimo zastrzeżenia w treści SIWZ, iż po dokonaniu oceny ofert przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna, zamawiający odstąpił od jej przeprowadzania. Mając na uwadze powyższe, uznał że odwołanie zostało wniesione w ustawowo przewidzianym terminie.

Dalej odwołujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Do negocjacji zaproszonych zostało sześciu wykonawców, w tym

odwołujący. W następstwie przeprowadzonych negocjacji zamawiający sporządził specyfikację istotnych warunków zamówienia i przekazał ją pięciu wykonawcom, którzy wzięli udział w negocjacjach. W jej treści wskazany został opis sposobu prowadzenia postępowania. W punkcie 20 podane zostało, iż: *„Zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przewiduje przeprowadzenie aukcji elektronicznej, jeżeli zostaną złożone, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Parametrem licytowanym w aukcji będzie cena przy zachowaniu pozostałych danych z oferty Wykonawcy. Postąpienie zostanie wskazane jako pochodna od ceny, czyli w wartości brutto.”*

Po przeprowadzonych negocjacjach oferty złożyło czterech wykonawców. Zamawiający dokonał oceny złożonych pisemnych ofert i w jej wyniku, pismem z dnia 12 września 2016 roku dokonał odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Polimex Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wskazując jednocześnie na końcu przywołanego pisma, iż „Zgodnie z zapisem punktu 20 SIWZ pozostałe, nieodrzucone oferty zostaną skierowane do aukcji elektronicznej.”

Stosowne zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej na skutek złożenia trzech ofert niepodlegających odrzuceniu zostało skierowane do pozostałych wykonawców tj.:

- odwołującego,
- konsorcjum ERBUD, oraz
- GE Power Sp. z o.o.

Pismem z dnia 13 września 2016 r. zamawiający powiadomił, że aukcja elektroniczna zostanie przeprowadzona w dniu 27 września 2016 r.

Skutkiem odwołania wniesionego przez GE Power Sp. z o.o. do przeprowadzenia zaplanowanej aukcji nie doszło.

Za istotne z punktu widzenia zasadności odwołania, odwołujący uznał fakt, iż na skutek oddalenia odwołania GE Power Sp. z o.o. - ostatecznie ustalona została (na trzy) ilość ofert niepodlegających odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zaznaczał, że wykonawcy mając na uwadze zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz działania podejmowane przez zamawiającego oczekiwali na kolejne zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. Jednakże, jak zostało wskazane powyższej, w dniu 28 października 2016 r. zamawiający poinformował wszystkie zainteresowane strony o wyborze oferty konsorcjum ERBUD jako najkorzystniejszej, pomimo braku przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Odwołujący argumentował, że takie działanie zamawiającego jest niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zasadami prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślał, że w sytuacji, w której aukcja elektroniczna

została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający był zobligowany do jej przeprowadzenia, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej między innymi wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1086/12: „w przypadku, gdy Zamawiający zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu informację o zamiarze przeprowadzenia aukcji nie może odstąpić od jej przeprowadzenia, o ile złożono mu co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. (...) Przepisy ZamPublU nie przewidują możliwości zwolnienia Zamawiającego z obowiązku jej przeprowadzenia.”

Odwołujący ponowił twierdzenie, że brak było możliwości rezygnacji z przeprowadzenia aukcji elektronicznej w sytuacji, w której została ona przewidziana w SIWZ.

Na marginesie wskazał, iż fakt określenia w dokumentacji postępowania udostępnionej wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, iż w konsekwencji złożenia poprawnych pod względem formalnym i merytorycznym ofert, po ich ocenie, dojdzie do aukcji elektronicznej, w której wykonawcy ci będą mieli możliwość ich zmodyfikowania, poprzez zmianę zaoferowanej ceny, powoduje iż na etapie ich sporządzania, każdy oferent w sposób odmienny niż miałyby to miejsce, gdyby aukcja elektroniczna nie została przewidziana kalkulował zaoferowaną cenę oferty.

Odwołujący przekonywał, że w sposób odmienny ujmowane są ryzyka, mając na uwadze, iż cena zawarta w ofercie może nie być oceną ostateczną i będzie mogła podlegać obniżeniu. Każdy racjonalny wykonawca musi w takiej sytuacji zakładać jakiś margines kwotowy, z którego ewentualnie będzie mógł „zejść” w toku aukcji elektronicznej. Uznał za oczywiste, iż w sytuacji, w której przewidywana jest aukcja elektroniczna, wykonawcy ustalają marżę za realizację projektu na wyższym poziomie niż finalnie przez nich zakładany. Sama instytucja aukcji elektronicznej prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy konsekwentnie obniżają zaoferowane uprzednio ceny za wykonanie projektu do poziomu, w którym realizacja inwestycji jest jeszcze opłacalna. W ocenie odwołującego wskazuje to jasno, iż cena proponowana przez wykonawców w ofercie, w sytuacji przewidywanej aukcji elektronicznej jest inna, niż gdy aukcji zamawiający nie przewiduje. W przypadku, jeśli aukcja elektroniczna nie jest przewidywana, wykonawcy niejako zmuszeni są do takiego skalkulowania ceny, na poziomie minimalnym, który nie będzie już obniżany.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, złożonej na posiedzeniu Izby, zajął następujące stanowisko, podtrzymane do protokołu rozprawy.

Zamawiający uznawał, że odwołanie winno podlegać oddaleniu, jednocześnie wskazywał w sposób niekonsekwentny na podstawy do odrzucenia odwołania, gdyż zakomunikował odwołującemu w dniu 26 października 2016 r., że w nawiązaniu do wycofanej aukcji elektronicznej zaplanowanej na dzień 27 września 2016 r., jako dogrywki do

przedmiotowego postępowania, dokonuje unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w ww. aukcji, i od tej daty liczył termin na wniesienie odwołania, który zdaniem zamawiającego upłynął bezskutecznie 5 listopada 2016 r., gdyż uchwała SN z 15.04.2003 SN sygn. akt III CZP 8/03 przesądza, że sobota nie jest dniem wolnym od pracy.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący otrzymując powiadomienie o wyniku przetargu w dniu 28 października 2016 r. i o wyborze oferty przystępującego, wiedział już o tym wcześniej, że aukcja nie zostanie przeprowadzona i jako profesjonalista, nie powinien się spodziewać, że zamawiający przeprowadzi aukcję niezgodnie z przepisami Pzp.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego, polemizował z poglądem, że intencją wniesienia odwołania w sprawie KIO 1771/16 przez GE Power Sp. z o.o. było doprowadzenie do sytuacji wyboru oferty bez przeprowadzenia aukcji, gdyż wówczas zostałyby tylko 2 oferty w postępowaniu czyli GE Power i RAFACO, i najkorzystniejszą byłaby oferta GE Power. Według zamawiającego formą jego odpowiedzi na zastrzeżenia odwołującego z dnia 26 września 2016 r., co do prawidłowości procedury przetargowej, było jego pismo doręczone 26 października 2016 r. o dokonaniu unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji zaplanowanej na 27 września 2016 r.

Zamawiający powoływał się na art. 14 ustawy Pzp mówiący o tym, że przepisy K.c. mają zastosowanie, o ile przepisy ustawy Pzp nie regulują danej kwestii w sposób odmienny. Podtrzymał swoje stwierdzenia, przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, że skoro odwołujący uznawał postanowienia SIWZ za niezgodne z prawem - obowiązkiem wykonawcy było - jej zaskarżenie.

Zamawiający argumentował, że z przepisów obowiązujących w UE wynika, iż w zakresie aukcji elektronicznej podmioty zamawiające mogą przeprowadzać aukcje wg uregulowań krajowych. Podkreślał bezsporną okoliczność, że przepis art. 91a Pzp nie dopuszcza wg wskazań ust. 1, możliwości przeprowadzenia aukcji, jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia i w związku z tym zaznaczał, że żądanie odwołującego nakazania przeprowadzenia aukcji sprowadzałoby się do nakazania czynności, która by była sprzeczna z prawem. Wyrok KIO 1086/12 przywołany w odwołaniu odnosi się do innych okoliczności, gdyż w tamtym postępowaniu było ogłoszenie o zamówieniu, a w niniejszym postępowaniu, żadnego ogłoszenia nie było, gdyż prowadzone jest w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Następuje najpierw zaproszenie do negocjacji, a następnie zaproszenie do złożenia ofert, wraz z którym to przekazano SIWZ, która zawierała postanowienia o aukcji. W dniu 14 czerwca 2016 r. zamawiający przesłał wykonawcom zaproszenie do złożenia oferty wraz z SIWZ. Zamawiający powołał się na okoliczność, że już wcześniej były prowadzone postępowania na ten przedmiot zamówienia, w wyniku których

nie dokonano wyboru oferty. Utrzymywał, że nie zmienił istotnie warunków, a odwołujący w niniejszym przetargu złożył ofertę o ok 11 mln tańszą, niż w pierwotnym przetargu. Zdaniem zamawiającego każdy z wykonawców uczestniczących w przetargu, znając treść przepisu art. 91a ust. 1 Pzp powinien zakładać, że zamawiający nie postąpi wbrew przepisom i nie przeprowadzi aukcji - mimo że postanowienia o aukcji zamieścił w SIWZ. Zaznaczał, że jeżeli były w treści SIWZ uchybienia, które nie były przedmiotem odwołania w terminie przewidzianym na zaskarżenie SIWZ, to wówczas stosuje się zasadę legalności sprowadzającą się do badania, czy wybór oferty został dokonany legalnie zgodnie z przepisami Pzp. Zdaniem zamawiającego - nie przeprowadzenie aukcji jest wynikiem stosowania przepisów Pzp.

Przystępujący konsorcjum firm: ERBUD S.A. (lider) z siedzibą w Warszawie; YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH w piśmie złożonym na posiedzeniu Izby popierał stanowisko zamawiającego, a nadto do protokołu rozprawy, podał, że zamawiający przewidział w SIWZ postanowienia sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Pzp i aukcja być przeprowadzona nie może. Przywołał art. 7 ust. 3 Pzp, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp co oznacza zdaniem przystępującego, że jeżeli nawet postanawianie SIWZ były niezgodne z ustawą i nie zostały skutecznie zakwestionowane, to nie mogą wiązać uczestników tego postępowania i zamawiającego, a gdyby KIO wydała orzeczenie, że mogą wiązać, to z organu, orzekającego w sprawie poprawności procedur toczonych przez zamawiającego - stałaby się organem prawodawczym.

Przystępujący uznał, że zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie została naruszona, a byłaby naruszona gdyby zamawiający zastosował aukcję. W ocenie przystępującego orzeczenie Izby może być tylko jedno, bo nie ma metod uzdrowienia tego postępowania w sytuacji, w której zamawiający zawarł w SIWZ postanowienia niezgodne z prawem, i tylko i wyłącznie można tych postanowień nie wykonać. Gdyby zamawiający przeprowadził aukcję, to działałby z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem prowadziłby postępowanie w sposób nierówno traktujący wykonawców i nie zachowując zasady uczciwej konkurencji, podejmowałby czynności, których ustawodawca nie przewidział, dla postępowań prowadzonych w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Według przystępującego twierdzenie odwołującego o tym, że odstąpienie od aukcji nie daje mu szans na wybór jego oferty jest oparte o nieracjonalne założenia, że w postępowaniu będą złożone co najmniej 3 ważne oferty, bo tego odwołujący składając swoją ofertę nie mógł przewidzieć. Winien liczyć się z tym, że równie dobrze do aukcji może nie dojść z braku 3 ofert niepodlegających odrzuceniu. Zdaniem przystępującego wykonawca powinien w każdej sytuacji racjonalnie kalkulować swoją ofertę. Uznawał, że art. 91 ustawy

Pzp dotyczy wyłącznie wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert ustalonych w SIWZ, a więc zarzut mógł być kierowany do postanowień SIWZ, we właściwym terminie. Tak samo oceniał zarzut odwołania, dotyczący odstąpienia od aukcji - jako spóźniony. Wnosił o odrzucenie odwołania, alternatywnie o jego oddalenie, jako zmierzającego do uzyskania ochrony prawnej dla działań nieprzewidzianych w Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z postanowień SIWZ, oferty odwołującego i przystępującego, korespondencji zamawiającego z wykonawcami, z protokołu postępowania i z zawiadomienia o wyniku przetargu oraz z akt sprawy odwoławczej o Sygn. akt: KIO 1771/16.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynika następujący stan faktyczny.

W SIWZ zamawiający podał:

3. postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia zgodnie z przepisami art. 134 ust. 5 w związku z art. 61-65 Ustawy.
4. Przedmiot zamówienia stanowi „Budowa instalacji katalitycznego odazotowania spalin dla dwóch kotłów OP-230 w ECB”- GEK/PMR-ECB/04926/201.

15.2. termin składania ofert do 15.07.2016 r.

20. Aukcja elektroniczna

1. Zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przewiduje przeprowadzenie aukcji elektronicznej, jeżeli zostaną złożone, co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu. Parametrem licytowanym w aukcji będzie cena przy zachowaniu pozostałych danych z oferty Wykonawcy. Postąpienie zostanie wskazane jako pochodna od ceny, czyli w wartości brutto.
2. Wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji Wykonawców w tym wymagania techniczne.
3. Aukcja jest jednoetapowa.
4. Podstawowy Czas Trwania Aukcji Elektronicznej wynosić będzie 20 minut.
5. Zamknięcie aukcji elektronicznej nastąpi w chwili upływu Podstawowego Czasu Trwania Aukcji Elektronicznej pod warunkiem, że w ciągu ostatnich 5 minut trwania aukcji nie nastąpi nowe postąpienie. Jeśli w ciągu ostatnich 5 minut czasu trwania aukcji

elektronicznej zostanie złożona nowa oferta w takim przypadku aukcja zostanie automatycznie przedłużona od momentu złożenia nowej oferty o 5 minut plus liczba sekund dopełniająca rozpoczętą minutę, o ile nie padnie kolejna, przedłużająca ją oferta.

6. Wykonawca podczas aukcji elektronicznej składa ofertę obejmującą całość przedmiotu zamówienia. W trakcie aukcji Wykonawca podaje cenę brutto za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Cena ofertowa powinna obejmować wszystkie koszty i wydatki niezbędne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi w niniejszej Specyfikacji.

7. Po załogowaniu za pośrednictwem strony internetowej www.swpp.gkpge.pl do systemu aukcyjnego przy użyciu otrzymanego loginu i hasła, Wykonawcy uzyskują dostęp do aplikacji umożliwiającej składanie ofert. W czasie trwania aukcji Wykonawcy składają swoje oferty cenowe w postaci elektronicznej. Postąpienie pod rygorem nieważności składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego certyfikatu.

8. Oferty składane przez Wykonawców podlegają automatycznej klasyfikacji na podstawie kryteriów oceny ofert. Aukcja elektroniczna odbywać się będzie według reguły zniżkowej aukcji angielskiej, co oznacza, że każda następna oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie ona korzystniejsza od aktualnie najlepszej oferty. Wykonawca nie będzie miał możliwości podwyższenia uprzednio zaproponowanej przez siebie oferty cenowej.

9. W trakcie aukcji elektronicznej system na bieżąco udostępnia wszystkim Wykonawcom informacje o pozycji złożonych przez nich ofert, liczbie Wykonawców biorących udział w każdym z etapów aukcji elektronicznej, a także cenach złożonych przez nich ofert. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej system nie ujawnia informacji umożliwiających identyfikację Wykonawców.

10. Wykonawcy dopuszczeni do udziału w postępowaniu, których oferty nie podlegają odrzuceniu, otrzymają drogą elektroniczną na adres e-mail podany w formularzu oferty instrukcje systemu aukcyjnego w postaci „Podręcznika Uczestnika Systemu Aukcyjnego” oraz login i hasło umożliwiające załogowanie się do systemu.

11. Przed przystąpieniem do aukcji Wykonawca zobowiązany jest dokładnie zapoznać się z treścią „Podręcznika uczestnika systemu aukcyjnego”.

12. Wymagania techniczne (...).

13. (...)

16. Po przeprowadzeniu aukcji Wykonawca, który złoży najkorzystniejszą ofertę zobowiązany jest wraz z potwierdzeniem oferty złożonej podczas aukcji złożyć Harmonogram Rzeczowo-Finansowy stanowiący załącznik nr 3 do Projektu Umowy z nową

ceną uwzględniającą cenę zaoferowaną w trakcie aukcji elektronicznej, przy czym wszystkie pozycje zawarte w harmonogramie zostaną odpowiednio i proporcjonalnie zmienione.

17. Zasady prowadzenia aukcji elektronicznej dostępne są na stronie internetowej Oddziału Zamawiającego www.zecbydgoszcz.pgegiiek.pl/ lub na stronie internetowej Zamawiającego www.pgegiiek.pl/.

Oferta wykonawcy Polimex Energetyka Sp. z o.o. została odrzucona pismem z dnia 12 września 2016 r., wskazano jednocześnie na końcu przywołanego pisma, iż „Zgodnie z zapisem punktu 20 SIWZ pozostałe, nieodrzucone oferty zostaną skierowane do aukcji elektronicznej.”

W dniu 13 września 2016 r. zamawiający przesłał wykonawcom:

1) konsorcjum ERBUDS.A.

2) GE Power Sp. z o. o.

3) Rafako S.A.

- zaproszenie do aukcji elektronicznej na dzień 27 września 2016 r.

W dniu 22 września 2016 r. wykonawca GE Power Sp. z o. o. wniósł odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ERBUD S.A.

Wyrokiem z dnia 7 października 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wykonawcy GE Power Sp. z o. o.

Pismem z dnia 26 września 2016 r. odwołujący zgłaszał zamawiającemu następujące zastrzeżenia. *„Nawiązując do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz przesłanego zaproszenia do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej wskazujemy, że w wyniku przesłanych dokumentów RAFAKO S.A. (dalej „RAFAKO”), powzięło wątpliwości co do dopuszczalności przeprowadzenia w ww. postępowaniu aukcji elektronicznej. Mając na uwadze powyższe zwracamy się z prośbą o udzielenie informacji w przedmiocie podstawy prawnej umożliwiającej przeprowadzenie aukcji elektronicznej w ww. postępowaniu, prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Zgodnie z art. 91 a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych (w wersji sprzed nowelizacji ww. ustawy dokonanej w dniu 28 lipca 2016 roku): „Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Przepisów art. 91 ust. 4-6 nie stosuje się.”*

Zgodnie z powyższym przepisem ustawy przeprowadzenie aukcji elektronicznej możliwe jest jedynie w sytuacji, w której postępowanie prowadzone jest w jednym z trzech,

enumeratywnie wyliczonych w tym przepisie trybów, tj. negocjacji z ogłoszeniem, przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego. Powyższe potwierdza doktryna jak i orzecznictwo. Zgodnie z komentarzem autorstwa J. Pieroga (2015, wyd. 13): „Jednym ze sposobów zwiększenia konkurencyjności ofert jest wprowadzenie aukcji elektronicznej jako sposobu wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie jest to więc nowy tryb, a jedynie kontynuacja postępowania rozpoczętego w jednym z trzech trybów.” „Aukcję elektroniczną można zastosować, jeżeli postępowanie jest prowadzone w jednym z dwóch trybów przetargowych albo w negocjacjach z ogłoszeniem. W tym ostatnim przypadku jednak tylko wtedy, gdy przyczyną zastosowania negocjacji jest unieważnienie wcześniejszego postępowania z powodu odrzucenia wszystkich ofert, przy niezmienności istotnych warunków zamówienia (art. 55 ust. 1 pkt 1).”

Zgodnie z komentarzem autorstwa Graneckiego (2014, wyd. 4): „Powyższa regulacja znajdzie zastosowanie, gdy postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.”

Ponadto, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2013 roku, sygn. akt KIO 1188/13 wskazano na 3 przesłanki, które określają dopuszczalność przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a jedną z nich jest tryb postępowania: „zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Nie ulega wątpliwości, iż aby móc przeprowadzić aukcję elektroniczną wszystkie wymienione wyżej przesłanki muszą być spełnione łącznie. O ile bezspornie zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w jednym z trybów wymienionych w art. 91 a ust 1 PrZamPubl oraz przewidział wykorzystanie aukcji elektronicznej w ogłoszeniu o zamówieniu, to brak jest spełnienia trzeciej przesłanki. Wobec nakazania Zamawiającemu przez Izbę w wyr. z 20.5.2013 r. (KIO 1034/13) wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy [...] i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą nie sposób uznać, iż w przedmiotowym postępowaniu złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Tym samym w ocenie Izby przeprowadzenie aukcji elektronicznej odbyło się z naruszeniem art. 91a ust. 1PrZamPubl.”

Mając na uwadze przedstawione powyżej poglądy doktryny oraz orzecznictwo, a także dbałość o prawidłowość prowadzonego postępowania i skuteczność zawartej w jego wyniku umowy o udzielenie zamówienia publicznego, zwracamy się z prośbą o odpowiedź na powzięte wątpliwości.

Zamawiający powiadomił dnia 26 września 2016 drogą e-mail o wycofaniu aukcji elektronicznej wyznaczonej w dniu 27 września 2016 r.: „W związku z przekazaniem w dniu 29 09 2016 r. do prezesa KIO odwołania przez GE Power Sp. z o.o. Aukcja elektroniczna

ECD/PMW/MZ/01481-0043/2016 r. zaplanowana na dzień 27 września 2016 r., jako dogrywka do postępowania GEK/PMR-ECB/04926/2016 r. pn. „Budowa instalacji katalizacyjnego spalin” dla dwóch kotłów OP-230” zostaje wycofana.” O potencjalnie nowym terminie otwarcia przedmiotowej aukcji zostaniecie państwo poinformowani odrębną wiadomością. Podpisane przez: M. Z. specjalista do spraw aukcji elektronicznych”.

Zamawiający powiadomił wykonawców dnia 26 października 2016 r., że w nawiązaniu do wycofanej aukcji elektronicznej zaplanowanej na dzień 27 września 2016 r., jako dogrywki do przedmiotowego postępowania, dokonuje unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w ww. aukcji.

W piśmie z dnia 28 października 2016 r. zamawiający powiadomił wykonawców:

a) Na podstawie oceny ofert przeprowadzonej w oparciu o kryteria określone w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wybrano ofertę Wykonawcy Konsorcjum firm w składzie: ERBUD S.A, ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa (lider konsorcjum), YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH, Floridsdorfer Haupstrasse 1-7/2S.OG, 1210 Wiedeń, Austria (partner) jako najkorzystniejszą ofertę spośród ważnych i niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych do postępowania przez Wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni z Postępowania.

Wybrany Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu oraz złożył ofertę zgodną z wymogami SIWZ, Oferta Wykonawcy uzyskała najwyższą łączną liczbę punktów w oparciu o kryteria oceny określone w SIWZ,

W postępowaniu wpłynęły cztery oferty. W tabeli zamieszczonej poniżej przedstawiono informacje dotyczące nazw (firm) Wykonawców, którzy złożyli oferty, ich siedziby i adresy oraz liczbę uzyskanych punktów, a także informację o wykluczeniu Wykonawców i odrzuceniu ofert (...).

- 1) konsorcjum ERBUDS.A. - cena 80 pkt; koszty ekspl. 20 pkt, razem 100 pkt,
- 2) GE Power Sp. z o. o. - cena 69,49 pkt; koszty ekspl. 19,26 pkt, razem 88,75 pkt,
- 3) Polimex Energetyka Sp. z o.o. - oferta odrzucona,
- 4) Rafako S.A. - cena 59,48 pkt; koszty ekspl. 13,26 pkt, razem 72,74 pkt,,

b) Zamawiający zawiadamia, iż nie wykluczył Wykonawców z przedmiotowego postępowania.

c) Zamawiający zawiadamia o odrzuceniu oferty złożonej przez „Wykonawcę Polimex Energetyka Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II nr 12, 00-124 Warszawa przedstawiając poniżej uzasadnienie faktyczne i prawne podjętych decyzji: (...)

d) Zamawiający informuje, że umowa z wybranym Wykonawcą może być zawarta po upływie terminu określonego zgodnie z art. 94 ust 1 pkt 1 Prawa zamówień Publicznych, tj. po

upływie 10 dni od dnia przesłania wykonawcom niniejszego zawiadomienia drogą elektroniczną.

Izba zważyła, co następuje.

Odwolujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wykazując niezgodne z przepisami ustawy zaniechania i czynności podjęte przez zamawiającego w trakcie postępowania, które prowadziły do pozbawienia go możliwości uzyskania zamówienia publicznego, tym samym narażały na poniesienie szkody.

Ustalony stan faktyczny sprawy pozostawał bezsporny. Rozstrzygnięcie sprawy sprowadzało się do zagadnień natury prawnej.

Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania, w odniesieniu do aukcji elektronicznej zawierają następujące regulacje.

Art. 36 ust. 1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: ust. 2 pkt 7), jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną:

- a) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej,
- b) wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych,
- c) informacje, które spośród kryteriów oceny ofert będą stosowane w toku aukcji elektronicznej.

Z kolei przepis art. 91 a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych stanowi, że jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Przepisów art. 91 ust. 4-6 nie stosuje się.

Konsekwencją zapowiedzenia przez zamawiającego postępowania z zastosowaniem aukcji elektronicznej - nakazaną w art. 91b ust. 1 ustawy Pzp - jest zaproszenie drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, o ile złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Przytaczane wyżej regulacje mają charakter bezwzględnie obowiązujący i w zakresie nie uregulowanym odrębnie, znajdują zastosowanie do zamówień sektorowych, gdyż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia w oparciu o przepisy art. 134 ust. 5 w związku z art. 61-65 ustawy Pzp.

Bezspornie aukcję elektroniczną można przewidzieć tylko wówczas, jeżeli postępowanie jest prowadzone w jednym z dwóch podstawowych trybów przetargowych albo w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

Skoro omawiane postępowanie jest prowadzone w trybie negocjacji bez ogłoszenia aukcja elektroniczna była niedopuszczalna, a w przypadku jej przeprowadzenia - czynność zamawiającego byłaby dotknięta rygorem nieważności zgodnie z przepisem art. 58 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, gdyż czynność prawna sprzeczna z ustawą jest nieważna.

Z drugiej strony nie może pozostawać bez konsekwencji okoliczność, że zamawiający zapowiedział aukcję elektroniczną w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą przekazał wykonawcom wraz zaproszeniem do złożenia oferty w dniu 14 czerwca 2016 r., i w punkcie 20 SIWZ podał dokładny sposób jej przeprowadzenia, a następnie w dniu 13 września 2016 r. zaprosił wykonawców, których ofert nie odrzucił do udziału w aukcji w dniu 27 września 2016 r., którą anulował w dniu 26 września 2016 r., po odwołaniu wniesionym przez wykonawcę GE Power Sp. z o.o.

Wielokrotnie zostało potwierdzone w orzecznictwie Izby, że zamawiający nie może odstępować od warunków, które ustanowił w przetargu publicznym i podał do wiadomości wykonawców, których zaprosił do złożenia ofert. Okoliczność, iż zostały złożone trzy oferty niepodlegające odrzuceniu, co do zasady obligowała zamawiającego do przeprowadzenia aukcji i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników aukcji.

Nie mógł mieć decydującego znaczenia fakt, braku spełnienia przesłanki, że zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu. Skoro bowiem nie było ogłoszenia o zamówieniu, to tym samym - informacja o aukcji nie mogła być w nim zamieszczona. Wystarczyło, że zamawiający przewidział aukcję w SIWZ, którą przesłał, jako wiążącą wykonawcom zaproszonym do złożenia oferty.

Powiadomienie z dnia 26 października 2016 r., że w nawiązaniu do wycofanej aukcji elektronicznej zaplanowanej na dzień 27 września 2016 r., jako dogrywki do przedmiotowego postępowania, zamawiający dokonuje unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w ww. aukcji wraz z zawiadomieniem z dnia 28 października 2016 r. o wyborze oferty przystępującego bez aukcji, mimo że złożono 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, świadczyło o „zmianie SIWZ” przez zamawiającego i odstąpieniu w ogólności od przeprowadzenia aukcji. Z tych względów pozostawało w kolizji również z bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa tj. art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść

specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszym postępowaniu zamawiający *de facto* zmienił treść SIWZ po terminie składania ofert.

Z oczywistych względów trafna jest argumentacja odwołującego, że określenie w dokumentacji postępowania udostępnionej wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, iż w konsekwencji złożenia poprawnych pod względem formalnym i merytorycznym ofert, po ich ocenie, dojdzie do aukcji elektronicznej, w której wykonawcy ci będą mieli możliwość zmodyfikowania ofert, poprzez obniżenie zaoferowanej ceny, powoduje iż na etapie sporządzania ofert tzw. „papierowych”, przed aukcją z reguły każdy oferent w sposób odmienny niż miałyby to miejsce, gdyby aukcja elektroniczna nie została przewidziana kalkulował zaoferowaną cenę oferty, mając na uwadze, iż cena zawarta w ofercie może nie być oceną ostateczną i będzie mogła podlegać obniżeniu. Prawem każdego racjonalnego wykonawcy, jest założenie jakiegoś marginesu kwotowego ceny, z którego ewentualnie będzie mógł „zejść” w aukcji elektronicznej. W sytuacji, w której przewidywana jest aukcja elektroniczna, wykonawcy mogą ustalić w składanej ofercie marżę za realizację projektu na wyższym poziomie, niż finalnie przez nich zakładany. Sama instytucja aukcji elektronicznej prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy obniżają zaoferowane uprzednio ceny, za wykonanie zamówienia do poziomu, w którym realizacja inwestycji jest jeszcze opłacalna. W przypadku natomiast, gdy aukcja elektroniczna nie jest przewidywana, wykonawcy kalkulują cenę oferty na poziomie stałym, który nie będzie już obniżany. Nie mogło mieć decydującego znaczenia, że nawet zapowiedziana w SIWZ aukcja jest przeprowadzana tylko wówczas, gdy w postępowaniu złożono 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Od decyzji wykonawcy zależał jego udział w aukcji, gdyby została wyznaczona.

Zadaniem zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania w sposób poprawny, w całości zgodny z przepisami ustawy Pzp. Konsekwencje błędów w procedurze przetargowej obarczają zamawiającego. Zamawiający pominął fakt, że poprzez zapowiedzenie aukcji, w sytuacji gdy była ona niedopuszczalna i dalsze podejmowane czynności, wprowadził wykonawców w błąd, naruszył zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji według przejrzystych i z góry podanych warunków. Zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego, gdyż była ona najkorzystniejsza na etapie postępowania - przed aukcją.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu zachodzi przypadek określony w dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, obligujący zamawiającego do unieważnienia postępowania, gdyż jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, albowiem jednocześnie przeprowadzenie zapowiedzianej akcji nie było dopuszczalne w związku z bezwzględnie obowiązującym

przepisem 91a ust. 1 Pzp, a z drugiej strony w myśl imperatywnej dyspozycji art. 38 ust. 4 ustawy Pzp niedopuszczalna też była zmiana postanowień SIWZ - poprzez rezygnację z aukcji. Odstąpienie od aukcji mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż w toku aukcji, gdyby została ona przeprowadzona, kolejność ofert mogła ulec istotnej zmianie, a zatem oferta odwołującego mogłaby okazać się najkorzystniejsza.

Postępowanie dowodowe potwierdziło trafność stawianych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

I. Art. 7 i art. 91 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty konsorcjum ERBUD S.A. - YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH, w postępowaniu, które kwalifikowało się do obligatoryjnego unieważnienia,

II. art. 7, art. 91a oraz art. 91b ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez ustanowienie aukcji podczas, gdy była ona niedopuszczalna i jednoczesne odstąpienie od przeprowadzenia aukcji elektronicznej - pomimo iż została ona przewidziana przez zamawiającego w SIWZ, jako obligatoryjna przy zaistnieniu okoliczności wskazanych w tej normie, tj. złożeniu 3 ważnych ofert,

III. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez wybór oferty najkorzystniejszej naruszający przepisy ustawy Pzp.

Przy czym powyższe naruszenia mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp związana jest zarzutami odwołania, a nie zgłoszonymi przez odwołującego żądaniami. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie pełni funkcji publicznej - odnosi się do interesu własnego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, o które się ubiega, a więc nie daje wykonawcom możliwości żądania unieważnienia postępowania.

Izba nie mogła nakazać zamawiającemu przeprowadzenia aukcji elektronicznej zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż czynność taka jako naruszająca imperatywny przepis prawa byłaby nieważna. Nie mogła też pominąć warunków ustalonych w SIWZ. Umożliwienie ponownego złożenia ofert w tym samym postępowaniu pozostaje zabronione art. 82 ust. 1 Pzp. Z kolei przepis art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, dozwala w uzasadnionych przypadkach na zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale jedynie przed upływem terminu składania ofert, dokonaną zmianę zamawiający zobowiązany jest przekazać wszystkim wykonawcom przed wyznaczonym terminem składania ofert. Zamawiający zmienił SIWZ, poprzez odstąpienie od przeprowadzenia aukcji, a przywołany przepis art. 38 ust. 4 Pzp ma również charakter bezwzględnie obowiązujący.

W tym stanie rzeczy, skoro postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą - pozostało nakazanie zamawiającemu na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, unieważnienia wszystkich czynności w postępowaniu, co równa się unieważnieniu przetargu w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż ujawniona wada postępowania kwalifikowałaby dokonany wybór oferty przystępującego i zawartą z nim umowę do unieważnienia, albowiem zaskarżone czynności zostały przeprowadzone z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Nietrafna była więc argumentacja przystępującego, że Izba może przejść do porządku wobec istotnego naruszenia przez zamawiającego przepisów o aukcji, jeżeli zamawiający starając się wyjść z impasu, w sposób równie niedopuszczalny złamał imperatywny zakaz zmiany postanowień SIWZ, po terminie składania ofert.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

W oparciu o § 3 pkt 1; § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasadziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów wpisu.

Przewodniczący:

.....