

Sygn. akt: KIO 1535/13

**WYROK**  
**z dnia 12 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:                    Aneta Młacka**

**Protokolant:                        Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2013 r. przez **Odwołującego** - Air Products Sp. z o.o. ul. Pory 59 02-757 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Kompania Węglowa S.A. ul. Powstańców 30 40 039 Katowice.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Air Products Sp. z o.o. ul. Pory 59 02-757 Warszawa , i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Air Products Sp. z o.o. ul. Pory 59 02-757 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

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

**Przewodniczący:                    .....**

UZASADNIENIE

Zamawiający Kompania Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa acetylenu rozpuszczonego do spawania gazowego, tlenu sprężonego technicznego i medycznego oraz dzierżawa butli do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w latach 2013-2014.” Odwołujący Air Products sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie zadania numer 1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem ogłoszenia 2013/S 065-108930. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu: bezprawne dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty złożonej przez P.P.U.H. „MACPOL” Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w części pierwszej niniejszego postępowania, czyli Zadania nr 1, a tym samym naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91b ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 91c ust. 1 ustawy Pzp; zaniechanie przez Zamawiającego wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1, pomimo złożenia przez Odwołującego najtańszej oferty, odpowiadającej regulaminowi aukcji elektronicznej ustalonemu przez Zamawiającego, a tym samym naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91b ust. 2 ustawy Pzp, art. 91c ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 14 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 70<sup>1</sup> §4 ustawy Kodeks cywilny (dalej KC); naruszenie przez Zamawiającego innych przepisów ustawy Pzp ze względu na okoliczności i w zakresie szczegółowo określonym w uzasadnieniu odwołania; naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1 oferty złożonej przez Wykonawcę Macpol; powtórzonego badania ofert w zakresie Zadania nr 1; wyboru jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1 oferty złożonej przez Odwołującego. W przedmiotowym postępowaniu dla wszystkich części zamówienia zostało przewidziane przez Zamawiającego przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Dla części 1 - Zadanie nr 1 aukcja przeprowadzona została w dniu 06 czerwca 2013 r. Zgodnie z przesłanym przez Zamawiającego w dniu 03 czerwca 2013r. zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej, Zamawiający określił zasady przeprowadzenia aukcji, w szczególności minimalną wartość postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej, która ustalona została na 20.000.00 złotych.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Przepisy Kodeksu cywilnego są wprost stosowane na gruncie zamówień publicznych. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla Zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> §4 KC jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator przetargu od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Zdaniem Odwołującego, SIWZ oraz warunki aukcji przewidziane w zaproszeniu do udziału w aukcji należy uznać za warunki aukcji i przetargu w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Wykonawca, składając ofertę w postępowaniu oraz biorąc później udział w aukcji elektronicznej, godzi się na udział w postępowaniu i aukcji na warunkach określonych przez Zamawiającego, a Zamawiający jest obowiązany przeprowadzić postępowanie oraz aukcję zgodnie z ustalonymi przez siebie zasadami.

Odwołujący podkreślał, że nie stosowanie się przez Zamawiającego do ustalonych zasad narusza nie tylko art. 91b ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem takie zaniechanie Zamawiającego godzi w Wykonawców, którzy działali w przekonaniu, że warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ i zaproszeniu do aukcji elektronicznej są obowiązujące i będą respektowane. Odwołujący wskazał, że w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w zakresie Zadania nr 1 Wykonawca Macpol złożył postąpienie o 0,01 zł (jeden grosz) niższe od ceny zaoferowanej przez Odwołującego. W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę ustalone przez Zamawiającego zasady panujące w aukcji elektronicznej, tj. ustalenie minimalnej wartości składanych postąpień na poziomie 20.000,00 zł należy uznać, że Wykonawca Macpol nie złożył skutecznego, prawidłowego, odpowiadającego warunkom aukcji elektronicznej korzystniejszego postąpienia, bowiem postąpienie o 0,01 zł nie odpowiada ustalonym przez Zamawiającego zasadom aukcji elektronicznej - zasadom, które zostały przez wszystkich Wykonawców (w tym przez Wykonawcę Macpol) zaakceptowane bez zastrzeżeń.

Odwołujący argumentował, że mimo, iż Wykonawca Macpol nie złożył korzystniejszego postąpienia, którego wartość spełniałaby wymagania co do minimalnej wartości dla postąpień ustalonej przez Zamawiającego, Zamawiający dokonał w dniu 14 czerwca 2013r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Macpol. Zamawiający dokonał zatem, w ocenie Odwołującego, wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1 z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, pozbawiając tym samym Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. W ocenie Zamawiającego zarzuty Odwołującego, „Air Products” Sp. z o.o., podniesione w odwołaniu, dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1 z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia są bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Zdaniem Zamawiającego nieuprawnione jest, podniesione w uzasadnieniu do odwołania wniesionego przez Odwołującego, twierdzenie jakoby Zamawiający w trakcie prowadzenia postępowania nie stosował się do zasad określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a wręcz zmienił te zasady po otwarciu złożonych ofert i zaproszeniu Wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.

Zamawiający wskazał, że w cz. VII SIWZ (str. 2) poinformował Wykonawców, że zamierza dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej w zakresie części zamówienia (zadań) nr 1, 2, 3 i 4, jednocześnie wskazał, że w toku aukcji elektronicznej stosowane będzie kryterium ceny (cz. VII, ust. 1, pkt. 2 SIWZ) oraz, że sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem" punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji (cz. VII, ust. 1, pkt. 3 SIWZ) oraz podał wszelkie inne informacje niezbędne do niezakłóconego udziału Wykonawcy w aukcji elektronicznej i zgodnie z nimi przeprowadził postępowanie.

Zamawiający podkreślił, że w cz. VII, ust.3 SIWZ przywołał brzmienie art. 91 c, ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zobowiązał Wykonawców do zapoznania się z Regulaminem dostępnym na stronie internetowej <http://aukcie.uzp.gov.pl> (cz. VII, ust. 10 SIWZ). Zamawiający argumentował, że z zapisów cytowanego artykułu jednoznacznie wynika, że Wykonawcy składają postąpienie, którego minimalna wartość odnoszona jest do oferty danego Wykonawcy, a nie do oferty najkorzystniejszej. Dopuszczalne jest więc, w jego ocenie, złożenie ważnej oferty różniącej się od oferty najkorzystniejszej o wartość mniejszą niż określona przez Zamawiającego minimalna wartość postąpienia, a także oferty wyższej niż oferta najkorzystniejsza z zastrzeżeniem, że musi ona być niższa od poprzedniej oferty Wykonawcy o wartość co najmniej równą minimalnej wartości postąpienia.

Zamawiający wskazał na okoliczność, że zgodnie z dokumentami z przebiegu aukcji, Wykonawca P.P.U.H. „MACPOL” Sp. z o.o. złożył postąpienie w wysokości 1 529 694,33 PLN, co stanowi ok. 75 krotność minimalnego postąpienia, zmieniając pierwotną cenę oferty z 3 540 943,58 PLN na cenę ostateczną 2 011 249,25 PLN, niższą od oferty Odwołującego o 0,01 PLN. Nie zmienia to zdaniem Zamawiającego faktu, że zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, warunkami określonymi w ogłoszeniu oraz SIWZ i zaproszeniu do aukcji elektronicznej ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 1 jest oferta Wykonawcy P.P.U.H. „MACPOL” Sp. z o.o.,

Ruda Śląska. Zamawiający podkreślił, że aukcja elektroniczna jest zautomatyzowanym sposobem oceny ofert odbywającym się bez ingerencji Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Zamawiający przeprowadził procedurę przetargu nieograniczonego, przewidział także w SIWZ przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Zgodnie z przesłanym przez Zamawiającego w dniu 03 czerwca 2013r. zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej, Zamawiający określił zasady przeprowadzenia aukcji, w szczególności minimalną wartość postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej, która ustalona została na 20.000.00 złotych. Aukcja elektroniczna została przeprowadzona w dniu 06 czerwca 2013r. Wykonawca PPUH Macpol sp. z o.o. złożył ofertę zawierającą cenę 3 540 943,58 zł, zaś wykonawca Air Products sp. z o.o. złożył ofertę 2 011 249,26 zł. W toku aukcji elektronicznej Wykonawca PPUH sp. z o.o. złożył postąpienie w wysokości 1 529 694,33 zł, zmieniając zmieniając pierwotną cenę oferty z 3 540 943,58 zł na cenę ostateczną 2 011 249,25 zł.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu, wziął udział w aukcji elektronicznej. W przypadku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Przedmiotem sporu w niniejszym postępowaniu jest odpowiedź na pytanie, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy oraz postanowienia prowadzonego postępowania, dokonując czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który w toku aukcji elektronicznej (gdzie Zamawiający określił minimalną wysokość postąpienia jako 20 000 zł) złożył postąpienie w wysokości 1529694,33 zł, (obniżając o tę kwotę wysokość zaoferowanej pierwotnie ceny), które jest jednocześnie postąpieniem o 1 grosz niższym od oferty Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, z wykładni przepisu art. 91 c ustawy Prawo zamówień publicznych

wynika, że kolejne postąpienia powinny być składane z uwzględnieniem oferty najkorzystniejszej złożonej w przetargu nieograniczonym.

Z oświadczeń składanych przez Odwołującego w toku rozprawy wynika także, że Odwołujący przyznaje okoliczność, że brak jest jakiegokolwiek przepisu lub postanowienia, które rozstrzygałby kwestię sposobu składania postąpień: czy postąpienie należy składać od oferty własnej, czy też od oferty najkorzystniejszej. Kwestii tej nie przesądza ani art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani treść SIWZ i regulaminu.

W ocenie Izby, skoro sam Odwołujący przyznaje, że na gruncie ustawy i dokumentów postępowania kwestia ta nie może zostać w sposób jednoznaczny rozstrzygnięta, to brak jest podstaw do postawienia Zamawiającemu zarzutu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skoro więc brak jest jednoznacznej odpowiedzi na powyżej postawione pytanie, wyznaczników nie zawierała treść SIWZ, nie zawiera regulamin postępowania, odpowiedź nie wynika także z art. 91 c ustawy Prawo zamówień publicznych, co więcej, brak jest przepisu jakiegokolwiek ustawy przesądzającego tę kwestię, to nie można postawić zarzutu Zamawiającemu, że naruszył jakikolwiek przepis ustawy, postanowienie regulaminu, czy postanowienie SIWZ.

W ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest definicji aukcji elektronicznej. Zgodnie z ustawą, aukcję elektroniczną można przeprowadzić po uprzednio przeprowadzonej procedurze przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Ustawa stanowi jedynie, że w toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, składają korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Ustawa nie rozstrzyga innych kwestii, dotyczących postąpień i nie reguluje szczegółowo warunków dotyczących prowadzenia aukcji. Szczegółowe warunki określa Zamawiający w treści SIWZ i zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, dotyczące związania Zamawiającego ustalonymi warunkami prowadzenia aukcji elektronicznej. Podkreślić jednak ponownie należy, że Zamawiający w warunkach przetargu nie określił, że postąpienia nie dotyczą własnej oferty. Z tego względu właśnie nie można zarzucić Zamawiającemu, że naruszył własne postanowienia w zakresie warunków prowadzenia aukcji (wynikające z SIWZ lub z regulaminu). Nie można zatem uznać, że Zamawiający nie zastosował się do ustalonych zasad. W związku z powyższym nie można także uznać, że naruszył art. 91b ust. 2 oraz art. 91 c ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślić także należy, że powołując się obszernie na uregulowania kodeksu cywilnego, dotyczące aukcji i przetargu, Odwołujący nie wskazał żadnego przepisu, który wprost regulowałby zasady dokonywania postępowań. Przepisy kodeksu cywilnego nie określają szczegółów dotyczących prowadzenia aukcji, wskazując na aukcję jedynie jako formę zawarcia umowy. Szczegółowe warunki opracowują organizatorzy aukcji czy przetargu. Dlatego też wywody Odwołującego przedstawione w odwołaniu nie wnoszą niczego do istoty niniejszej sprawy. Na marginesie należy jedynie dodać, że przepisy kodeksu cywilnego regulują ogólne zasady dotyczące przetargu i aukcji, natomiast nie odnoszą się do aukcji elektronicznej, którą prowadził Zamawiający.

Przede wszystkim zaznaczyć należy, że Zamawiający nie określił w warunkach prowadzenia aukcji elektronicznej, aby postąpienie miało być złożone w stosunku do ceny zaoferowanej przez wykonawcę, którego oferta była najniższa. Zgodnie z art. 91c ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Z tego artykułu wynika, że złożenie przez innego wykonawcę oferty korzystniejszej nie powoduje, że inni wykonawcy przestają być związani swoimi ofertami. Jeżeli wykonawca złoży ofertę korzystniejszą, niż ta, którą złożył uprzednio, to oferta danego wykonawcy przestaje go wiązać w zakresie, w jakim złożył on korzystniejszą ofertę. Związanie ofertą powoduje, że wykonawca w toku aukcji poprawia warunki (pozycję) własnej oferty. Należy także w tym miejscu zaznaczyć, że Zamawiający w SIWZ określił sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej, wskazując, że będzie dokonywał przeliczenia postępowań na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem cen i punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji.

W niniejszej sprawie Wykonawca Macpol sp. z o.o. zaoferował cenę o 1 529 694,33 złotych niższą od ceny zaoferowanej w ofercie złożonej w przetargu nieograniczonym (poprzedzającym aukcję elektroniczną). Zachował wymogi w zakresie minimalnej wysokości postąpienia, gdyż różnica cen, a więc postąpienie, była wyższa niż 20 000 złotych.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył ustalonych przez siebie reguł postępowania, nie naruszył także przepisów ustawy dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PPUH Macpol sp. z o.o.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....