

WYROK

z dnia 5 czerwca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2013 roku przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Sąd Okręgowy w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **CLAR SYSTEM S.A. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

W dniu 23 maja 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie złożył wykonawca – firma Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Sprzątanie pomieszczeń w budynkach będących w dyspozycji Sądu Okręgowego w Krakowie oraz Sądu Rejonowego” w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej prowadzi Zamawiający: Sąd Okręgowy w Krakowie.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 marca 2013 roku pod numerem:2013/S 049-080083.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, art. 91a ust 1 oraz art. 91b ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 89 ustawy Pzp poprzez wadliwe przeprowadzenie aukcji elektronicznej bez zaproszenia Odwołującego, mimo że Odwołujący złożył ważną ofertę, nie podlegającą odrzuceniu, jak również poprzez zaniechanie przez Zamawiającego zawiadomienia Odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz zaniechanie przez Zamawiającego zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o: 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia wadliwej czynności odrzucenia oferty Odwołującego, 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i dokonania prawidłowej oceny oferty Odwołującego; 3) nakazanie Zamawiającemu uchylenia przeprowadzonej aukcji elektronicznej jako bezwzględnie nieważnej, 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert, ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, w tym z udziałem Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, ewentualnie 5) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ wskutek wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego, zaniechania przez Zamawiającego zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego i zaniechania przez Zamawiającego zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, Odwołujący został bezprawnie pozbawiony możliwości uczestniczenia w aukcji elektronicznej i zaproponowania Zamawiającemu oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesiono, że Odwołujący w dniu 21 maja 2013 r. na podstawie przekazanego przez Zamawiającego, protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego ZP-PN, powziął wiadomość o odrzuceniu jego oferty oraz o zorganizowaniu przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym aukcji elektronicznej w dniu 13.05.2013r. Odwołujący nie może zgodzić się z zasadnością takiej decyzji Zamawiającego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że Zamawiający wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego, jak również zaniechał doręczenia Odwołującemu przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej zawiadomienia o dokonanej przez Zamawiającego ocenie złożonych ofert, w szczególności informacji o odrzuceniu jego oferty wraz z uzasadnieniem.

Sam fakt zaproszenia przez Zamawiającego określonych Wykonawców do udziału w aukcji, w świetle art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, przesądza jednoznacznie, że Zamawiający dokonał oceny złożonych mu ofert i uznał, iż nie podlegają one odrzuceniu. Pozwala to wykonawcom w sposób jednoznaczny (o ile grono wykonawców, którzy potencjalnie do udziału w aukcji mogą być zaproszeni, nie jest zbyt szerokie) na tym etapie postępowania wnosić zarzuty wobec zaniechania odrzucenia takich ofert, w przypadku gdy uznają oni takie odwołanie za zasadne. Jak to zostało podniesione, przekazanie informacji o zaproszeniu do udziału aukcji ma doniosły charakter, gdyż przesądza o uznaniu przez Zamawiającego, iż oferty wykonawców zaproszonych nie podlegają odrzuceniu.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób naruszający uczciwą konkurencję w postępowaniu oraz zasadę równego traktowania odrzucił ofertę Odwołującego, mimo że oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ oraz wynikające z przepisów ustawy Pzp. Zamawiający naruszyły również podstawowe obowiązki wynikające z właściwego doręczenia Odwołującemu informacji o dokonanych w postępowaniu czynnościach.

W rozpoznawanej sprawie wykazane zostało, że wobec braku jakiegokolwiek uzasadnienia czynności przez Zamawiającego oferta Odwołującego została bezpodstawnie odrzucona w postępowaniu, a tym samym Odwołujący pozbawiony możliwości wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, jak również uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie kwestionowania oceny ofert innych Wykonawców. Na obecnym etapie postępowania uznać należy, że takie działanie Zamawiającego ma istotny wpływ na wynik postępowania. Nie sposób bowiem przewidzieć, jak potoczyłaby się aukcja elektroniczna z udziałem Odwołującego.

Obowiązek przeprowadzenia aukcji, jak to już zostało wspomniane, wynika z art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący uważa, iż powyższe potwierdza zarzut naruszenia przez

Zamawiającego przepisu art. 89 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku podstaw do dokonania takiej czynności.

Potwierdził się również zdaniem Odwołującego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także art. 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że w działania podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia mogą uniemożliwić dalsze jego prowadzenie. Dokonane ustalenia pozwalają uznać, że w postępowaniu tym doszło do rażącego (nieodwracalnego) naruszenia przepisów, obciążającego to postępowanie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Podstawę dla unieważnienia takiej umowy stanowić może art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Uznać bowiem należy, że jeśli w ocenie ustawodawcy Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, w przypadku dokonania przez Zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, to tym bardziej Zamawiający, w wyniku samokontroli postępowania, może unieważnić nieprawidłowo prowadzone postępowanie. Rodzi to tym samym konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Wskazał, że w dniu 18 kwietnia 2013 r. o godzinie 8:15 w siedzibie Zamawiającego nastąpiło w obecności Wykonawców publiczne otwarcie ofert. Po otwarciu ofert Zamawiający ocenił je pod kątem formalno-prawnym dopełniając obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3, art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie w dniu 8 maja 2013 r. Zamawiający dokonał oceny ofert niepodlegających odrzuceniu poprzez przyznanie punktów według kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ i sklasyfikował je według otrzymanej punktacji. Czynność powyższa wykonywana jest również automatycznie przez system na platformie aukcyjnej UZP tuż po zarejestrowaniu na niej Wykonawców.

W tym też dniu, tj. 8 maja 2013 r., dokonano rejestracji Wykonawców zakwalifikowanych do aukcji elektronicznej wyznaczonej na dzień 13 maja 2013 r.

W tym miejscu stanowczo podkreślono, że na tym etapie postępowania Zamawiający nie miał obowiązku poinformowania Odwołującego o dokonanej ocenie ofert, w tym

o odrzuceniu oferty Odwołującego, ze względu na to, że zgodnie z art. 92 ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany przekazać te informacje Wykonawcom dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli po zamknięciu aukcji elektronicznej.

Zamawiający zgodnie z art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp, po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadził aukcję elektroniczną w dniu 13 maja 2013 r. Zamawiający poinformował, że aukcja elektroniczna z dnia 13 maja 2013 r. poddana była reklamacji z przyczyn technicznych platformy aukcyjnej, nie z winy Zamawiającego i powtórzona 23 maja 2013 r. z udziałem tych samych Wykonawców co w pierwszej aukcji.

W tym samym dniu, tj. 23 maja 2013 r. popołudniu Zamawiający, czyniąc zadość art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, zawiadomił wszystkich Wykonawców, w tym Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, i którzy zostali wykluczeni oraz o terminie, po upływie którego możliwe jest zawarcie umowy.

Należy podkreślić, że Odwołujący złożył odwołanie zanim został poinformowany przez Zamawiającego o przyczynach odrzucenia jego oferty. Tym samym zarzuty o wadliwym odrzuceniu oferty Odwołującego są gołosłowne. Co znamienne, Odwołujący nie odnosi się w treści odwołaniu do przyczyn odrzucenia jego oferty.

Z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp wynika wprost, że aukcję elektroniczną przeprowadza się w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, co oznacza, że wybór najkorzystniejszej oferty następuje w wyniku przeprowadzonej aukcji, czyli musi ona być przeprowadzona przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Konsekwencją tego jest brak możliwości dokonywania kolejnego badania i oceny ofert, gdyż stanowiłoby to uchybienie przeprowadzonej aukcji elektronicznej.

Dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej z wykorzystaniem aukcji elektronicznej nie pozbawia wykonawcy prawa korzystania ze środków ochrony prawnej wynikających z wyboru najkorzystniejszej oferty. Zatem żądanie Odwołującego nakazania Zamawiającemu unieważnienia postępowania, zdaniem Zamawiającego, jest przedwczesne. Dodatkowo stwierdzić należy, że unieważnienie postępowania nie leży w interesie żadnego Wykonawcy.

W tym stanie rzeczy należy podkreślić, że w trakcie postępowania nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 a ust. 1, art. 91 b ust. 1 i 2 i art. 89 ustawy Pzp i zarzuty Odwołującego są bezzasadne. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, zaistniały przesłanki do oddalenia odwołania w całości.

W dniu 27 maja 2013 roku, na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu. wnosił o oddalenie odwołania. Wskazał, że posiada

interes w przystąpieniu, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a zarzuty odwołania są niezasadne.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentacji z postępowania nadesłanej przez Zamawiającego, stanowisk i oświadczeń stron i uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego i stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uczestniczenia w aukcji elektronicznej, uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła jako uczestnika postępowania wykonawcę Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu jako Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny w sposób zgodny z rzeczywistością odzwierciedlony przez Odwołującego w odwołaniu, uznano iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na podstawie art. 91a ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może prowadząc postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzić aukcję elektroniczną.

Odwołujący kwestionował naruszenie powyższego przepisu przez Zamawiającego, nie wskazując jednak na czym powyższe naruszenie ma polegać, podnosząc ogólnie, że Zamawiający nieprawidłowo przeprowadził aukcję elektroniczną bez udziału Odwołującego.

W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że czynność Zamawiającego polegająca na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dniu 13 maja 2013 roku (a tej czynności dotyczyło

odwołanie) została unieważniona, ponieważ uwzględniono reklamację jednego z wykonawców biorących w niej udział. Aukcja została ponownie przeprowadzona w dniu 23 maja 2013 roku. Wskazać należy, że poza przedmiotem odwołania pozostaje do rozstrzygnięcia okoliczność, czy możliwe jest ponowienie przeprowadzenia aukcji elektronicznej, jednakże na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania i wzięto pod uwagę okoliczność odwoływania się od czynności, która została unieważniona a jej byt prawny został unicestwiony w postępowaniu. Dlatego też nawet gdyby okazało się że zarzuty podniesiono zasadnie, to powyższe nie miałyby wpływu na wynik postępowania i nie powodowałyby uwzględnienia odwołania.

Zgodnie z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Oznacza to zatem, że etap zaproszenia do udziału w aukcji poprzedza etap badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym także pod kątem zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty wynikających z art. 89 ustawy Pzp. Wykonawcy, których oferty uznane zostaną za podlegające odrzuceniu, stosowanego zaproszenia do udziału w aukcji nie otrzymują. W tym miejscu, biorąc pod uwagę zarzuty sformułowane w odwołaniu, podkreślić należy, iż ustawa nie nakłada na Zamawiającego jakiegokolwiek obowiązku poinformowania wykonawców o efektach oceny ich oferty, czy też oceny ofert innych wykonawców, w tym także o odrzuceniu oferty, czy też wykluczeniu wykonawcy, zarówno w stosunku do własnej oferty, jak również do ofert konkurencyjnych. Zamawiający zobowiązany jest wystosować zaproszenie do wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Obowiązek zawiadomienia o wykluczeniu i odrzuceniu po stronie Zamawiającego powstaje i jest on jednoznacznie określony stosownym przepisem (art. 92 ustawy Pzp) z chwilą zakończenia aukcji i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Z faktu niepoinformowania wykonawców o wynikach oceny badania i oceny ofert na tym etapie postępowania, przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej i zaproszeniem do niej wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, nie można Zamawiającemu postawić zarzutu naruszenia przepisów ustawy Pzp. W tym zakresie odwołanie wykonawcy Odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie. Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp. Być może poinformowanie wykonawcy na tym etapie o losie jego oferty w postępowaniu jest wskazane i leży w interesie samego Zamawiającego, ale z pewnością nie jest wymagane żadnym przepisem ustawy Pzp. Postulat Odwołującego odnoszący się do przekazywania wykonawcom stosownych informacji na tym etapie postępowania jest w rzeczywistości, jak słusznie zauważył na rozprawie Przystępujący, postulatem de lege ferenda do ustawodawcy.

Niemożliwe jest stwierdzenie naruszenia przez KIO działań bądź też zaniechań Zamawiającego, do których nie jest on zobligowany.

Odwołujący de facto złożył odwołanie zanim został w sposób określony wspomnianymi przepisami, poinformowany przez Zamawiającego o przyczynach odrzucenia jego oferty. Warto zwrócić uwagę, że zarzuty o wadliwym odrzuceniu oferty Odwołującego w odwołaniu są gołosłowne. Nie przytoczono ani podstawy prawnej wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego (wskazując jedynie ogólnie na art. 89, który przecież statuuje szereg okoliczności prawnych skutkujących koniecznością odrzucenia oferty), ani uzasadnienia faktycznego, dlaczego czynność tę uznać należałoby za wadliwą. Co znamienne, Odwołujący nie odnosi się w treści odwołania do przyczyn odrzucenia jego oferty, jak domniemywać należy ponieważ ich nie poznał zaznajamiając się z protokołem z postępowania udostępnionym przez Zamawiającego, a przynajmniej nie znał ich szczegółowego uzasadnienia, przekazanego mu dopiero w dniu 23 maja 2013 roku. Powyższe uniemożliwiło mu skuteczną obronę własnej oferty, a skutkowało jednocześnie koniecznością uznania odwołania i zarzutu nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego za przedwcześnie wniesione na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie oznacza to jednak pozbawienia wykonawcy możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. W ocenie składu orzekającego Izby, termin na wniesienie odwołania biegnie dla wykonawcy dopiero od momentu otrzymania od Zamawiającego powiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, po zakończeniu aukcji elektronicznej (tak w wyroku KIO z dnia 13 kwietnia 2012 roku, sygn. akt KIO 626/12). Nie dopatrzone są również okoliczności, które skutkować musiałyby unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: