

WYROK
z dnia 5 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2015 r. przez wykonawcę - **DB Schenker Rail Polska S.A., ul. Wolności 337; 41-800 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PKP Cargo Service Sp. z o.o., PKP Cargo S.A., ul. Grójecka 17; 02-021 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **DB Schenker Rail Polska S.A., ul. Wolności 337; 41-800 Zabrze** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **DB Schenker Rail Polska S.A., ul. Wolności 337; 41-800 Zabrze,** 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 2013 r., poz. 907 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 – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Kompleksowa obsługa bocznicy kolejowej dla SRK S.A. Oddział KWK „Makoszowy“ w okresie 16 miesięcy”*.

Dnia 8 października 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 6 października 2015 roku.

Dnia 19 października 2015 roku wykonawca DB Schenker Rail Polska S.A., ul. Wolności 337; 41-800 Zabrze (dalej *„Odwołujący”*) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) czynności unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 6 października 2015 r., a tym samym naruszeniu przepisów art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, art. 91c ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) zaniechaniu zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty PKP Cargo Service Sp. z o.o., złożonej w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 6 października 2015 r., mających wpływ na wysokość ceny i jej odrzucenia ze względu na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę, a tym naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- 3) zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej, wyłonionej w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 6 października 2015 r., a tym samym naruszeniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- 4) czynności ponownego przeprowadzenia (powtórzenia) aukcji elektronicznej w dniu 13 października 2015 r., a tym samym naruszeniu przepisów art. 91 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 91c ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie zarzutów podniesionych w odwołaniu i nakazanie zamawiającemu unieważnienie powtórzonej w dniu 13 października 2015 r. aukcji elektronicznej, nakazanie zamawiającemu dokonanie oceny aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 6 października 2015 r., obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest wykonawcą, który w aukcji przeprowadzonej w dniu 6 października 2015 r. uzyskał drugą lokatę, oferując cenę w wysokości 13 050 000,00 zł brutto, zaś oferta złożona przez PKP Cargo Service Sp. z o.o., która uzyskała pierwszą lokatę powinna zostać odrzucona ze względu na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę. Wykazanie zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu i uwzględnienie odwołania, którego konsekwencją będzie odrzucenie oferty PKP Service Sp. z o.o. stwarza odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w sposób nieprawidłowy unieważnił aukcję elektroniczną przeprowadzoną w dniu 6 października 2015 r. i powtórzył jej przeprowadzenie w dniu 13 października 2015 r. Zdaniem odwołującego powtórzenie aukcji możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy pierwotna czynność była sprzeczna z ustawą P.z.p., co w niniejszym przypadku nie wystąpiło. Natomiast nie mogła prowadzić do unieważnienia czynności aukcji elektronicznej przywołana przez zamawiającego w piśmie z dnia 8 października 2015 r. okoliczność zaoferowania przez jednego z wykonawców omyłkowo drastycznie zaniżonej wartości oferty przez pominięcie wpisania zera, co sam potwierdził przesyłając informację podczas trwającej aukcji, a co zdaniem zamawiającego uniemożliwiło złożenie kolejnych postąpień przez innych wykonawców biorących udział w przedmiotowej aukcji.

Odwołujący podniósł - w ślad za stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 7 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 138/12 - że samo wystąpienie błędu, bez uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod jego wpływem, nie ma żadnego wpływu na czynności zamawiającego. Okoliczności nie wskazują, aby doszło do złożenia przez wykonawcę - PKP Cargo Service Sp. z o.o., oferującego omyłkowo drastycznie zaniżoną wartość oferty, oświadczenia w zakresie uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia złożonego pod wpływem błędu. Niezależnie od tego odwołujący podkreślił, że w sytuacji, gdy aukcja została przeprowadzona w sposób prawidłowy, ewentualny błąd wykonawcy w toku aukcji nie może skutkować podważeniem jej wyników, w tym nie może wpływać na sytuację prawną innych wykonawców, którzy złożyli skuteczne oświadczenia woli w zakresie postąpień. Nie ulega natomiast wątpliwości, w ocenie odwołującego, że cena oferty zaoferowana przez wykonawcę - PKP Cargo Service Sp. z o.o. w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 6 października 2015 r. w kwocie 1 305 000,00 zł brutto, przy pozostałych cenach ofert, w tym odwołującego w kwocie 13 050 000,00 zł brutto oraz innego wykonawcy w kwocie 13 057 000,00 zł brutto, spełnia

przesłanki do uznania jej za rażąco niską w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co winno skutkować zwróceniem się przez zamawiającego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zaniechanie dokonania tej czynności skutkuje naruszeniem przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem odwołującego brak jest również podstaw do stwierdzenia, że niemożność złożenia przez innych wykonawców dalszych postępień była spowodowana działaniem lub zaniechaniem zamawiającego lub operatora platformy aukcyjnej.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący stwierdził, iż zamawiający z naruszeniem przepisów art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 8 października 2015 r. zdecydował o powtórzeniu aukcji elektronicznej, pomimo, iż pierwsza aukcja została przeprowadzona w sposób prawidłowy, zamawiający przeprowadził kolejną aukcję i niezgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zaniechał wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej, wyłonionej w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 6 października 2015 r. Zamawiający naruszył w ten sposób także zasadę równego traktowania wykonawców wynikającą z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem nie mając ku temu podstaw, nie wziął pod uwagę wyników aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 6 października 2015 r., naruszając tym samym interes odwołującego, który miał prawo oczekiwać, że jej wyniki staną się podstawą wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PKP Cargo Service Sp. z o.o., PKP Cargo S.A., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Zamawiający w dniu 6 października 2015 r. przeprowadził aukcję elektroniczną, którą unieważnił i powtórzył w dniu 13 października 2015 r. Podejmując decyzję w tym przedmiocie zamawiający oparł się na ustaleniu, że po zamknięciu aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 6 października 2015 r. nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej ze względu na zaoferowanie przez jednego z wykonawców omyłkowo drastycznie zaniżonej wartości oferty przez pominięcie wpisania zera, co uniemożliwiło złożenie kolejnych postąpień przez innych wykonawców biorących udział w przedmiotowej aukcji.

Zgodnie z art. 91a ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, 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 natomiast z regułą określoną przepisem art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, w toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji.

Tym samym stwierdzić należało, że celem aukcji jest uzyskanie korzystniejszych ofert (niż te, które zostały złożone pierwotnie) i wybór oferty najkorzystniejszej. Wykonawca, dokonując postąpień w toku aukcji elektronicznej, składa oświadczenie woli, które w świetle ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi modyfikację pierwotnego oświadczenia woli stanowiącego ofertę wykonawcy, a więc dokonuje zmiany oferty jednostronnie, bez udziału zamawiającego i wiedzy pozostałych wykonawców.

Izba stwierdziła, że czynności zamawiającego, prowadzone w toku aukcji z dnia 6 października 2015 roku, jak też czynności dotyczące unieważnienia tejże aukcji i przeprowadzenia nowej aukcji elektronicznej w dniu 13 października 2015 roku, znajdują swoje uzasadnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych, dotyczące przeprowadzenia aukcji elektronicznej, są dosyć ubogie i aby móc dokonać oceny

dokonywanych czynności czy też zaniechań zamawiającego, należy w pierwszej kolejności pomocniczo odnieść się do innych przepisów ustawy Pzp, a następnie, na podstawie art. 14 ustawy Pzp, do przepisów kodeksu cywilnego.

Aukcja elektroniczna jest specyficzną dogrywką wykonawców, którzy w trakcie jej trwania, na warunkach określonych przez zamawiającego mają szansę i możliwość bezpośredniej walki o dane zamówienie. Walki uczciwej i zgodnej z obowiązującymi przepisami.

Skoro zatem wykonawca składający postąpienie (postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, art. 91c ust. 2 ustawy Pzp), składa *de facto* korzystniejszą od wcześniej oferowanej – ofertę (oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej, art. 91c ust. 4 ustawy Pzp), to oferta ta, po zakończeniu aukcji może być dodatkowo badana. Zdaniem Izby stanowisko powyższe wynika wprost z treści przepisu art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, który odnosi się do etapu postępowania, tj. trwania aukcji, cyt. „W toku aukcji elektronicznej wykonawcy (...)”. Również wyłączenia ze stosowania przepisów: art. 82 ust. 1 i 2, art. 83 i 84 oraz art. 86-89 ustawy Pzp, wymienione w zdaniu drugim komentowanego przepisu, odnoszą się do czasu „trwania aukcji”. Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający po zakończonej aukcji elektronicznej, ma ustawowy obowiązek zbadać „nowe” oferty w zakresie np. przesłanek wymienionych w art. 89 ust. 1 pkt 3 czy 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, ze względu na specyfikę aukcji elektronicznej, nie da się, po jej zakończeniu przeprowadzić procedury opisanej przepisami art. 87 ustawy Pzp. Niemniej, jeżeli w toku prowadzonej aukcji, wystąpią okoliczności, których ujawnienie mogłoby prowadzić do zachwiania zasady określonej przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to zamawiający po zakończeniu aukcji winien zbadać, czy przeprowadzonej aukcji nie należałoby unieważnić.

Taka okoliczność wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w trakcie jej trwania otrzymał informację od przystępującego, że *„W ostatnim złożonym zamówieniu wystąpiła oczywista pomyłka pisarska, polegająca na wpisaniu błędnej wartości 1 305 000,00 zamiast 13 005 000,00. Prosimy o uwzględnienie pomyłki i zmianę złożonej przez nas oferty.”* Powyższa informacja została przesłana zamawiającemu w trakcie prowadzonej aukcji, w dniu 6.10.2015 r., o godz. 10:20:27. Skoro zatem, w toku aukcji wyłączona została możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, to zamawiający nie miał możliwości dokonania poprawy oferty przystępującego. Wyjątkowość aukcji elektronicznej, w trakcie której nie jest możliwe (ze względu na wyłączenie z art. 91c ust. 1 ustawy Pzp) poprawienie oferty, czy wyjaśnienia jej treści powoduje, iż po jej zakończeniu zamawiający musiał podjąć odpowiednie kroki w celu wyeliminowania wadliwości prowadzonego postępowania. W związku z powyższym zamawiający nie miał

innej możliwości i miał obowiązek unieważnić aukcję z dnia 6 października 2015 roku. Nie jest bowiem zasadne by tymi samymi przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych w sposób odmienny traktować różnych wykonawców. Skoro bowiem ustawodawca dopuścił możliwość skorygowania treści oferty w przypadkach określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, to w przypadku aukcji elektronicznej taka „korekta” możliwa jest tylko w trybie unieważnienia aukcji i ponownego jej przeprowadzenia.

W ocenie Izby, zachowanie zamawiającego doprowadziło do wyrównania szans podmiotów uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego zaniechania zastosowania przez zamawiającego procedury określonej przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz w konsekwencji odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że z okoliczności przedmiotowej sprawy bezsprzecznie wynika fakt, że przystępujący nie złożył oferty zawierającej rażąco niską cenę, gdyż już w toku aukcji zwrócił zamawiającemu uwagę na omyłkę, której się dopuścił, wadliwie podając cenę oferty (po postąpieniu). Tym samym, zamawiający będąc w posiadaniu informacji o takim zdarzeniu, zwolniony został z wzywania przystępującego do wyjaśniania ceny ofertowej.

Jednocześnie biorąc pod uwagę treść wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2015 r., sygn. akt II CSK 449/14, który wskazał, że *przy wykładni oświadczeń woli znajduje zastosowanie tzw. metoda kombinowana, która obejmuje dwie zasadnicze fazy. W pierwszej z nich, tzw. subiektywnej, dąży się do ustalenia rzeczywistej woli stron, tj. jak same strony rozumiały znaczenie użytych w oświadczeniach woli sformułowań. Gdy w ten sposób nie można ustalić zgodności rozumienia oświadczenia woli przez strony czynności prawnej należy przejść do drugiej, tzw. obiektywnej fazy wykładni, biorąc pod uwagę, jak adresat oświadczenia powinien zrozumieć jego sens, należało dokonać takiej wykładni, jakiej dokonał zamawiający, tj. biorąc pod uwagę wykładnię oświadczenia woli wynikającą z przepisu art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, który stanowi, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.*

Tym samym stwierdzić należało, że nie jest zasadne twierdzenie odwołującego o świadomym określeniu, przez przystępującego, wartości oferty za usługi, na poziomie 10% wartości zamówienia, gdyż racjonalnie nie jest w stanie żaden wykonawca świadczyć rzeczonyj usługi za podaną cenę, co potwierdzają chociażby ceny ofert, złożonych w tym postępowaniu, ale w dwóch innych aukcjach (wcześniejszej i późniejszej liczonej od daty 6.10.2015 r.), a ponadto przystępujący jasno i bezpośrednio sygnalizował swój błąd zamawiającemu, już na etapie prowadzonej aukcji.

Dlatego też zarzut powyższy Izba uznała za bezzasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: