

POSTANOWIENIE
z dnia 12 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 12 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **DLD Sp. z o.o., ul. Nowowiejska 17E, 43-603 Jaworzno** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-16, 40-022 Katowice**

przy udziale wykonawcy **P. i Wspólnicy A. K. Sp. j., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **DLD Sp. z o.o., ul. Nowowiejska 17E, 43-603 Jaworzno** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DLD Sp. z o.o., ul. Nowowiejska 17E, 43-603 Jaworzno** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **DLD Sp. z o.o., ul. Nowowiejska 17E, 43-603 Jaworzno** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., ul. Damrota 16-16, 40-022 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę lutni wentylacyjnych z tworzyw sztucznych do KHW S.A. w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy” wykonawca DLD Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) wniósł – w zakresie części nr 1 nr 2 zamówienia – odwołanie w związku z zaniechaniem czynności oraz czynnościami podjętymi przez Katowicki Holding Węglowy S.A. (dalej „zamawiający”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 25 ust. 1 pkt. 2 i art. 26 ust. 3, poprzez uznanie, iż pomimo braku w ofercie najkorzystniejszej, tj. wykonawcy P. I WSPÓLNICY spółka jawna, dokumentu potwierdzającego spełnienie wymagań zamawiającego określonych w SIWZ, oferta ta spełnia jednak wymagania zamawiającego opisane w rozdziale II SIWZ, co doprowadziło do naruszenia normy art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez ocenę ofert różnych pod względem merytorycznym,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 1 oraz zadania 2,
2. nakazanie powtórzenia czynności oceny złożonych ofert w zakresie zadania 1 oraz zadania 2,
3. nakazanie wykonania czynności odrzucenia oferty złożonej w zakresie zadania 1 oraz zadania 2 przez Wykonawcę P. I WSPÓLNICY spółka jawna jako nieodpowiadającej treści SIWZ, bowiem brak jest certyfikatu na dzień składania ofert odpowiadającego wymogom SIWZ,
4. zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 maja 2015 r., nr 2015/S 095-172974.

W pkt. IV.2.2 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający podał, że wykorzystywana będzie aukcja elektroniczna, a nadto wskazał: *Po dokonaniu oceny złożonych ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty może zostać przeprowadzona aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną, co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu*”.

W Rozdziale I.2. SIWZ pkt 7 zamawiający podał: *„Po dokonaniu oceny złożonych ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty może zostać przeprowadzona aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną, co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu”*.

W dniu 1 lipca 2015 r. odwołujący (Prezes Zarządu – J. D.) potwierdził odbiór kopii dokumentów w formie elektronicznej – oświadczenie zostało złożone na piśmie zamawiającego, w którym poinformował odwołującego o udostępnieniu ofert do wglądu w dniu 1 lipca 2015 r. (na wniosek odwołującego)

Do upływu terminu składania ofert w zadaniu nr 1 i 2, których odwołanie dotyczy ofertę złożył odwołujący, P. i Wspólnicy A. K. Sp. j. (przystępujący) oraz Apator Mining Sp. z o.o.

W dniu 9 lipca 2015 r. (godz. 12:34) zamawiający zaprosił odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej AUK-P/2015/0378 (zadanie nr 1) oraz AUK-P/2015/0379 (zadanie nr 2). W zaproszeniach znalazła się informacja: *„W celu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu”*.

W tym samym dniu (godz. 14:29) zamawiający poinformował odwołującego, że aukcja została wycofana z portalu, wskazując iż nastąpił „błąd w konfigurowaniu aukcji”, zaś o godz. 14:34 powiadomił go o unieważnieniu aukcji AUK-P/2015/0378 oraz AUK-P/2015/0379.

W dniu 9 lipca 2015 r. (godz. 14:36) zamawiający zaprosił odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej AUK-P/2015/0384 (zadanie nr 1) oraz AUK-P/2015/0385 (zadanie nr 2). W zaproszeniu znalazła się informacja: *„W celu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu”*.

Na posiedzeniu odwołujący oświadczył, iż nie potwierdził zamawiającemu faktu otrzymania zaproszenia do aukcji (AUK-P/2015/0384 (zadanie nr 1) oraz AUK-P/2015/0385 (zadanie nr 2).

Pismem z dnia 14 lipca 2015 r. odwołujący poinformował zamawiającego, że z przyczyn technicznych nie był w stanie uczestniczyć czynnie w aukcji, w tym aukcji AUK-P/2015/0384 (zadanie nr 1) oraz AUK-P/2015/0385 (zadanie nr 2) (awaria posiadanego przez odwołującego serwera) oraz wniósł o unieważnienie zakończonej aukcji oraz jej powtórne ogłoszenie, co umożliwi udział w niej odwołującego.

W dniu 24 lipca 2015 r. zamawiający przekazał odwołującemu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej – w zadaniu nr 1 i 2 za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez przystępującego.

Odwołujący złożył odwołanie w dniu 3 sierpnia 2015 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 3 sierpnia 2015 r. zgłosił przystąpienie wykonawca P. i Wspólnicy A. K. Sp. j., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2015 r. – Odpowiedź na odwołanie – zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem *Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający, zgodnie z informacjami przekazanymi w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ przeprowadził aukcję elektroniczną AUK-P/2015/0384 (zadanie nr 1) oraz AUK-P/2015/0385 (zadanie nr 2) – aukcja odbyła się w dniu 14 lipca 2015 r. Fakt ten był odwołującemu znany w dniu 14 lipca 2015 r., ponieważ w tym dniu odwołujący poinformował zamawiającego, iż nie mógł uczestniczyć w aukcji AUK-P/2015/0384 (zadanie nr 1) oraz AUK-P/2015/0385 z uwagi na awarię swojego serwera.

Stosownie do przepisu art. 91a ust. 1 ustawy Pzp *jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem 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.*

Z przepisu jednoznacznie wynika, że zamawiający obowiązany jest dokonać oceny ofert przed zaproszeniem wybranych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, w tym ustalić, czy złożone przez wykonawców oferty nie podlegają odrzuceniu (art. 89 ustawy Pzp), w tym również z tego powodu, że zostały złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że zamawiający ustalił, że oferty tych wykonawców nie podlegają odrzuceniu, a wykonawcy nie podlegają wykluczeniu. Wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert i od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wniesieniu odwołania wobec zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty czy zaniechania wykluczenia innego wykonawcy.

Skoro z faktem zaproszenia do udziału w aukcji należy wiązać dokonanie przez zamawiającego weryfikacji ofert wykonawców, to tym bardziej przeprowadzenie aukcji oznacza, że zamawiający zakończył ten etap (badania ofert).

W przedmiotowym postępowaniu w zadaniu nr 1 i 2 złożone zostały 3 oferty – ich liczba warunkowała przeprowadzenie aukcji.

Przeprowadzenie zatem aukcji w dniu 14 lipca 2015 r. było równoznaczne z pozytywną weryfikacją przez zamawiającego wszystkich złożonych ofert.

Skoro o przeprowadzeniu aukcji odwołujący wiedział już 14 lipca 2015 r. to od tej daty mógł kwestionować zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego. Wobec tego złożenie odwołania w dniu 3 sierpnia 2015 r. wobec wyboru oferty wykonawcy, którego oferta winna zostać – wedle odwołującego – odrzucona należy uznać za spóźnione. Odwołanie to mogło zostać skuteczne wniesione w terminie 10 dni od 14 lipca 2015 r. (tj. do 24 lipca 2015 r.), w którym odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, tj. o przeprowadzeniu aukcji.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: