

Sygn. akt: KIO 1188/13

WYROK

z dnia 3 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Członkowie: Barbara Bettman
Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2013 r. przez wykonawcę **Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW” Sp. z o. o., 41-800 Zabrze, ul. Hagera 41**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**,

przy udziale wykonawcy **Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AR-GO Sp. z o. o., 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 133/1**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności przeprowadzenia w dniu 14 maja 2013 r., aukcji elektronicznej o numerze A-722-2013;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW” Sp. z o. o., 41-800 Zabrze, ul. Hagera 41**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Kompanii Węglowej S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz wykonawcy **Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych „BPW” Sp. z o. o., 41-800 Zabrze, ul. Hagera 41**, kwotę 19 317 zł 09 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta siedemnaście złotych

dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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 :

Członkowie:
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Drażenie chodnika kamiennego nr 11 dla udostępnienia pokładów 325/1 i 326/1 wraz z przebudową chodnika badawczego nr 505 w Oddziale KWK „Bolesław Śmiały”.

W dniu 9 maja 2013 r. wykonawcy zostali zaproszeni do aukcji elektronicznej o numerze A-722-2013, której przeprowadzenie zaplanowano na dzień 14 maja 2013 r. Do udziału w aukcji zaproszeni zostali następujący wykonawcy: Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Ar-Go Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, [dalej także, jako „Ar-Go Sp. z o. o.”], Budkop Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach oraz Zakład Wierceń, Kotwień i Usług Górniczych BPW Sp. z o. o. z siedzibą w Zabrze.

W dniu 20 maja 2013 r., wobec przeprowadzenia przez zamawiającego w dniu 14 maja br. aukcji elektronicznej o numerze A-722-2013, odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca Zakład Wierceń, Kotwień i Usług Górniczych BPW Sp. z o. o. z siedzibą w Zabrze [dalej także, jako „BPW Sp. z o.o.”], zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp”]:

- 1) art 26 ust. 4 ustawy Pzp, polegające na ponownym wezwaniu Ar – Go Sp. z o.o. w dniu 7 maja 2013 r., do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, koniecznych do ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, pod pretekstem wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych przez Ar – Go Sp. z o.o. wraz z ofertą oraz pismem tego wykonawcy z dnia 7 marca 2013 r.,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, polegające na niewykluczeniu z postępowania Ar – Go Sp. z o.o., jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, koniecznych do ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia,
- 3) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, polegające na nieuznaniu oferty Ar–Go Sp. z o.o., jako wykonawcy, który na podstawie wskazanej w pkt 2 zarzutów odwołania podlegał wykluczeniu z postępowania, za odrzuconą,
- 4) art. 91a ust. 1 ustawy Pzp, polegające na przeprowadzeniu w dniu 14 maja 2013 r. aukcji elektronicznej o numerze A-722-2013, podczas gdy w postępowaniu zostały

złożone tylko 2 oferty niepodlegające odrzuceniu, to jest oferta Odwołującego oraz oferta Budkop Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach,

- 5) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, polegające na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności przeprowadzenia w postępowaniu w dniu 14 maja 2013 r. aukcji elektronicznej o numerze A-722-2013 i z ostrożności unieważnienia dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia z postępowania wykonawcy Ar-Go Sp. z o.o.,
- 4) uznania oferty Ar-Go Sp. z o.o. za odrzuconą,
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej,
- 6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący podnosił, iż wykonawca Ar-Go Sp. z o.o. nie wyjaśnił dokumentów czy to złożonych wraz z ofertą czy w ramach uzupełnienia dokonanego w drodze pisma z dnia 7 marca 2013 r., z których miałyby wynikać, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego w sposób nieuprawniony wykonawca ten ponownie uzupełnił dokumenty. Zdaniem odwołującego gdyby dokumenty złożone przez Ar-Go Sp. z o.o., razem z ofertą, bądź wraz z pismem z dnia 7 marca 2013 r., potwierdzały spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, to wykonawca ten w celu uczynienia zadość wezwaniu Zamawiającego udzieliłby wyjaśnień dotyczących wyłącznie tychże dokumentów. Jako, że dokumenty te nie potwierdzają spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, wykonawca ten nie był w stanie złożyć jakichkolwiek wyjaśnień, co do ich treści, lecz zmuszony był złożyć wraz z pismem z dnia 8 maja 2013 r. następne, nowe dokumenty, odwołując się zarazem do ich treści. W ocenie odwołującego należało uznać, że zamawiający dokonując W dniu 7 maja 2013 r. rzeczonoego wezwania do złożenia wyjaśnień, w istocie dokonał ukrytego, ponownego, przez co niedozwolonego, wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym zdaniem odwołującego wykonawca Ar-Go Sp. z o.o. jako niespełniający określonych przez zamawiającego w pkt VI ust. 1 SIWZ warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 24 ust 4 ustawy Pzp poprzez nieuznanie oferty Ar-Go Sp. z o.o. za odrzuconą, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu. W ocenie odwołującego w postępowaniu zatem wyłącznie dwóch wykonawców złożyło oferty niepodlegające odrzuceniu. Zdaniem odwołującego, mając na względzie powyższe

zamawiający obowiązany był do wyboru oferty najkorzystniejszej bez przeprowadzania aukcji elektronicznej wobec niezłożenia w toku postępowania, co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu. Tym samym w ocenie odwołującego doszło do naruszenia art. 91a ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Drażenie chodnika kamiennego nr 11 dla udostępnienia pokładów 325/1 i 326/1 wraz z przebudową chodnika badawczego nr 505 w Oddziale KWK „Bolesław Śmiały”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 stycznia 2013 r., pod numerem 2013/S 018-026662. W sekcji IV pkt 2.2) powyższego ogłoszenia zamawiający wskazał, iż wykorzystana będzie aukcja elektroniczna.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, (pkt IV ppkt 1) Zamawiającą zamierza dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Po dokonaniu badania złożonych ofert przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną, co najmniej trzy oferty nie podlegające odrzuceniu.

W zakresie wiedzy i doświadczenia zamawiający sprecyzował następujący warunek udziału w postępowaniu: o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, „(...) którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują) co najmniej 2 zamówienia w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia tego warunku tj. drażnienie podziemnych wyrobisk korytarzowych kamiennych za pomocą materiałów wybuchowych o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN brutto.”

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Ar–Go Sp. z o.o na kwotę 4.959.261,60 zł brutto,
- 2) PERFEKT Sp. z o.o., na kwotę 4 920 369,00 zł brutto,
- 3) BUDKOP Sp. z o.o. na kwotę 4.778.300,89 zł brutto,

- 4) Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych BPW Sp. z o. o. na kwotę 4.255.800,00 zł brutto.

W dniu 22 kwietnia 2013 r., zamawiający zaprosiło do udziału w aukcji wykonawców: Ar-Go Sp. z o.o., BUDKOP Sp. z o.o., oraz Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych BPW Sp. z o.o. Wykonawca PERFECT Sp. z o. o. nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą i tym samym został wykluczony z przedmiotowego postępowania.

Aukcja elektroniczna A-659-2013 odbyła się w dniu 26 kwietnia 2013 r. Wynik aukcji przedstawiał się następująco:

- 1) Oferta nr 1 – Ar-Go Sp. z o.o. – 4 959 261,60 zł brutto,
- 2) Oferta nr 3 – Budkop Sp. z o.o. – 4 180 000,00 zł brutto,
- 3) Oferta nr 4 - Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych BPW Sp. z o. o. – 4 234 000,00 zł brutto.

W dniu 2 maja 2013 r., wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ar-Go Sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i tym samym podlegał wykluczeniu z postępowania jak też wobec przeprowadzenia w dniu 26 kwietnia br. aukcji elektronicznej nr A-659-2013 podczas gdy zostały złożone tylko 2 oferty niepodlegające odrzuceniu odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Zakład Wierceń, Kotwienia i Usług Górniczych BPW Sp. z o. o. Zarzucał on zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2. pkt 4 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp., polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania Ar-Go Sp. z o.o., jako wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia koniecznych do ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego (pkt. VI ppkt 1 SIWZ), co w konsekwencji doprowadziło do niezgodnego z prawem zaniechania uznania oferty tego wykonawcy, (jako podlegającego wykluczeniu) za odrzuconą,
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegające na ponownym wezwaniu Ar-Go Sp. z o.o. pismem z dnia 9 kwietnia 2013 r.. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp polegające na przeprowadzeniu w postępowaniu aukcji elektronicznej, podczas gdy zostały złożone tylko 2 oferty niepodlegające odrzuceniu,

- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Pismem z dnia 7 maja 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców, iż:

- unieważnia czynność wezwania Ar-Go Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów, dokonaną w dniu 9 kwietnia 2013 r.,
- unieważnia czynność przeprowadzenia w dniu 26 kwietnia 2013 r., aukcji elektronicznej o numerze A-659-2013,
- dokona ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 9 maja 2013 r. zamawiający wystosował zaproszeni do aukcji elektronicznej o numerze A-722-2013, której przeprowadzenie zaplanowano na dzień 14 maja 2013 r. Do udziału w aukcji zaproszeni zostali ponownie następujący wykonawcy: Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Ar-Go Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, Budkop Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach oraz Zakład Wierceń, Kotwień i Usług Górniczych BPW Sp. z o. o. z siedzibą w Zabrze. Aukcję przeprowadzono we wskazanym terminie.

Wyrokiem z dnia 20 maja 2013 r., (sygn. akt KIO 1034/13) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy Zakładu Wierceń, Kotwień i Usług Górniczych BPW Sp. z o. o. i nakazała zamawiającemu: „unieważnienie czynności aukcji elektronicznej, ponowne badanie i ocenę złożonych ofert po uprzednim wykluczeniu z postępowania Bytomskiego Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Ar-Go Sp. z o.o. z siedzibą ul. Strzelców Bytomskich 133/1, 41-914 Bytom i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą.”

Czynności przeprowadzenia przez zamawiającego w dniu 14 maja br. aukcji elektronicznej o numerze A-722-2013 jak też zaniechanie wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy Ar-Go Sp. z o. o. i uznania jego oferty za odrzuconą leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 21 maja 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Ar-Go Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż odwołujący formułując na obecnym etapie postępowania zarzuty naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wreszcie 24 ust. 4 ustawy Pzp powołują się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania wniesionego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 2 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 1034/13). Wobec braku instytucji częściowego odrzucenia odwołania Izba postanowiła skierować do rozpoznania wyłącznie zarzut naruszenia art. 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie w dniu 14 maja 2013 r., aukcji elektronicznej nr A-722-2013 i w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionego zarzutu naruszenia art. 91a ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż zgodnie z dyspozycją wskazanego przepisu, jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego (...) 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. 91a ust. 1 ustawy Pzp oraz przewidział wykorzystanie aukcji elektronicznej w ogłoszeniu o zamówieniu to brak jest spełnienia trzeciej przesłanki. Wobec nakazania zamawiającemu przez Izbę w wyroku z dnia 20 maja 2013 r., (sygn. akt KIO 1034/13) wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy Ar-Go Sp. z o. o. z siedzibą w Bytomiu 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. 1 ustawy Pzp. Powyższe przesądza również o zasadności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp gdyż zamawiający prowadzi postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a w wyniku naruszenia wskazanych przepisów może dojść do udzielenia zamówienia wykonawcy niewybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Jednocześnie należy wskazać, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 wydając

wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Tym samym dla stwierdzenia naruszenia art. 91a ust. 1 ustawy Pzp nie będzie mieć wpływu fakt i orzeczenie w sprawie o sygnaturze KIO 1034/13 zapadło po przeprowadzeniu przez zamawiającego aukcji elektronicznej. Wydając orzeczenie merytoryczne, skład orzekający bierze pod uwagę stan sprawy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy tym samym należało uznać, iż do wskazanego naruszenia doszło.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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 :

Członkowie:

.....