Sygn. akt: KIO 1568/21

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Beata Konik

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 8 lipca 2021 r. i 3 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 maja 2021 roku przez **Dominex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń spółkę akcyjną z siedzibą w Bytomiu** przy udziale **Foxmet spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionka - Leszczyny** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz przy udziale **Energokon – Plus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia art. 289 ust. 1 i art. 287 ust. 3 w zw. z art. 226 i art. 126 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie badania i oceny ofert wykonawców zaproszonych do negocjacji, pomimo, że zgodnie z przywołanymi przepisami negocjacjom podlegają oferty, które nie podlegały odrzuceniu oraz naruszenia art. 308 ust. 1 w zw. z art. 226 i art. 126 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie badania i oceny ofert wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo, że zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający może poprzedzić wybór oferty najkorzystniejszej przeprowadzeniem aukcji elektronicznej wówczas gdy złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu, wobec ich wycofania przez Odwołującego.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wskazanych w piśmie z 18 maja 2021 r. w pkt 1), 2) i 3) polegających na wskazaniu wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone; odrzuceniu ofert wskazanych w pkt 2) tego pisma; zakwalifikowaniu wszystkich wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu do negocjacji; rezygnacji z przeprowadzenia negocjacji i w celu wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadzenia aukcji elektronicznej, ponadto nakazuje Zamawiającemu kontynuowanie postępowania na podstawie art. 275 pkt 2) ustawy Pzp.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń spółkę akcyjną z siedzibą w Bytomiu** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa przed Izbą
   3.2. zasądza od zamawiającego **Spółki Restrukturyzacji Kopalń spółkę akcyjną z siedzibą w Bytomiu** na rzecz odwołującego **Dominex spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 1568/21

UZASADNIENIE

Spółka Restrukturyzacji Kopalń spółka akcyjna z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 2) ustawy Pzp (tj. w wariancie II), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Rozbiórkę obiektów budowlanych Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla na terenie SRK S.A. w Bytomiu, Oddział w Zabrzu KWK Makoszowy", nr sprawy: ZP-M-0031/20.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 3 lutego 2021 r. nr 2021/BZP 00005202.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) – dalej: „ustawa Pzp".

W postępowaniu tym wykonawca Dominex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach (dalej: „Odwołujący") 24 maja 2021 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu:

- odrzucenia oferty Odwołującego,
- ograniczenia liczby wykonawców zakwalifikowanych do negocjacji mimo rezygnacji z możliwości przeprowadzenia negocjacji,
- zaniechania badania i oceny ofert wykonawców zakwalifikowanych do negocjacji,
- zaniechania badania oceny ofert wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej,
- ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 289 ust. 2 i art. 287 ust. 3 pkt 2) w związku z art. 289 ust. 1 i ust. 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że Zamawiający zrezygnował z negocjacji i nie skierował do wykonawców

zakwalifikowanych do negocjacji zaproszenia do negocjacji, o którym mowa w art 289 ust. 5 ustawy Pzp,
2)art. 288 ust. 1 i art. 287 ust. 3 oraz art. 289 ust. 1 i 2 w zw. z art. 275 pkt 2 ustawy Pzp przez skorzystanie przez Zamawiającego z prawa ograniczenia liczby wykonawców zakwalifikowanych do negocjacji pomimo rezygnacji z możliwości przeprowadzenia negocjacji i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego jako wykonawcy niezaproszonego do negocjacji, podczas gdy z treści przywołanych przepisów wynika, że Zamawiający nie jest uprawniony do ograniczenia liczby wykonawców jeżeli z możliwości przeprowadzenia negocjacji nie korzysta,
3)art. 289 ust. 1 i art. 287 ust. 3 w zw. z art. 226 i art. 126 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie badania i oceny ofert wykonawców zaproszonych do negocjacji, pomimo, że zgodnie z przywołanymi przepisami negocjacjom podlegają oferty, które nie podlegały odrzuceniu,
4)art. 308 ust. 1 w zw. z art. 226 i art. 126 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie badania i oceny ofert wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo, że zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający może poprzedzić wybór oferty najkorzystniejszej przeprowadzeniem aukcji elektronicznej wówczas gdy złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu,
5)art 308 ust. 1 w zw. z art. 288 ust. 1 oraz art. 289 ust. 2 ustawy Pzp przez ograniczenie liczby wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo, że przywołane przepisy takiej możliwości nie przewidują,
6)art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co było konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów prawa, a co z kolei skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1)unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na zakwalifikowaniu wykonawców do negocjacji, odrzuceniu oferty Odwołującego, ograniczeniu kręgu wykonawców uczestniczących w dalszych etapach postępowania i zaproszeniu wykonawców do aukcji elektronicznej,
2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w szczególności zbadania złożonych ofert pod kątem przesłanek odrzucenia ofert określonych w art. 226 Pzp.
3)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że jest czynnie legitymowany do wniesienia odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który złożył ofertę. W związku z rażącym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy, skutkujących odrzuceniem oferty Odwołującego, interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia został naruszony, gdyż został on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym poniósł szkodę majątkową.

Następnie Odwołujący wskazał, że sposób przeprowadzenia negocjacji został przez Zamawiającego określony w pkt 22 SWZ, zgodnie 2 którym: 22.1. Zamawiający zaprosi do negocjacji maksymalnie pięciu Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu najwyżej ocenionych wg kryterium określonego w pkt 21 (tj. cena). 22.2. Zgodnie z art. 289 ust. 2 ofertę wykonawcy niezaproszonego do negocjacji uznaje się za odrzuconą. 22.3. Termin rozpoczęcia negocjacji będzie wynosił nie mniej niż 5 dni od dnia zaproszenia. 22.4. Po negocjacjach wykonawca może złożyć ofertę dodatkową zawierającą nową propozycję cenową. 22.5. Zamawiający oceni ofertę dodatkową. Natomiast, jak wskazał Odwołujący, w pkt 23.1 SWZ Zamawiający w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przewidział możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej, określając zarazem warunki jej przeprowadzenia. W treści odwołania, Odwołujący przytoczył treść ww. postanowień.

W dalszej kolejności Odwołujący wyjaśnił, że 18 maja 2021 r. Odwołujący otrzymał informację o:
1)wykazie wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone oraz punktacji przyznanej ofertom w kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,
2)odrzuceniu ofert 13 wykonawców, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego, w oparciu o przepis art. 289 ust. 2 ustawy Pzp (SWZ przewidywała, że do negocjacji Zamawiający zaprosi 5 wykonawców, a oferta Odwołującego uplasowała się na dalszej pozycji),
3)zakwalifikowaniu do negocjacji wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone,
4)rezygnacji Zamawiającego z przeprowadzenia negocjacji,
5)przeprowadzeniu przez Zamawiającego aukcji elektronicznej w celu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło 19 wykonawców, w tym Odwołujący.

Następnie Odwołujący, wskazał że zgodnie z przepisami art. 275 pkt 2 i art. 287 ust. 1 ustawy Pzp dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w wariancie II Zamawiający może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość lub nie przeprowadzać negocjacji w przypadku, gdy złożone oferty w wystarczającym stopniu odpowiadają jego potrzebom. Jeżeli Zamawiający rezygnuje z przeprowadzenia negocjacji, wyboru najkorzystniejszej oferty dokonuje spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (art 287 ust. 1 ustawy Pzp)

W przypadku prowadzenia postępowania w trybie art 275 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3 (art 288 ust 1 ustawy Pzp), wówczas zamawiający wskazuje, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz odpowiednio w SWZ kryteria oceny ofert, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców w zapraszanych do negocjacji ofert, oraz podaje maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert (art, 288 ust 2 ustawy Pzp).

Z treści art. 288 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wywodzi, że preselekcji w celu ograniczenia liczby wykonawców Zamawiający może dokonać wyłącznie w przypadku podjęcia decyzji o przeprowadzeniu negocjacji. Natomiast rezygnacja z możliwości przeprowadzenia negocjacji skutkuje, w ocenie Odwołującego, wyłączeniem prawa Zamawiającego do ograniczenia liczby wykonawców. W takim przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający dokonuje spośród niepodlegających odrzuceniu ofert (na podstawie art. 226 ustawy Pzp) złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, przy czym wybór oferty może zostać poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli zostały spełnione warunki określone w art. 308 ustawy Pzp. W związku z tym za sprzeczne z treścią art. 288 ust. 1 i art. 287 ust 3 oraz art. 289 ust. 1 i 2 w zw. z art, 275 pkt 2 ustawy Pzp uznać należy, zdaniem Odwołującego, odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako wykonawcy niezaproszonego do negocjacji.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty Odwołującego jako wykonawcy niezaproszonego do negocjacji, pomimo iż wykonawców zakwalifikowanych do udziału w negocjacjach do negocjacji faktycznie nie zaprosił. Zamawiający dokonał jedynie prekwalifikacji wykonawców, w celu ograniczenia ich liczby,

natomiast nie skierował do tak wybranych wykonawców zaproszenia do negocjacji, o którym mowa w art. 289 ust. 5 ustawy Pzp. Wobec powyższego, skoro Zamawiający nie zaprosił wykonawców do negocjacji brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art 289 ust 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego, który z jednej strony ogranicza liczbę wykonawców zakwalifikowanych do negocjacji, a z drugiej strony rezygnuje z możliwości przeprowadzenia negocjacji i korzysta z możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej, doprowadziło do sytuacji, w której do udziału w aukcji elektronicznej zaproszono ograniczony krąg wykonawców, wyselekcjonowany w sposób określony w art. 288 ustawy Pzp oraz pkt 22 SWZ.

Jak wskazał Odwołujący, przepisy regulujące możliwość oraz warunki przeprowadzenia aukcji elektronicznej (art. 308 ustawy Pzp) nie zawierają tożsamych do art. 288 ustawy Pzp zapisów dotyczących możliwości prekwalifikacji wykonawców. Przepisy te nie odwołują się również do treści art 288 ustawy Pzp. Wobec tego, nie jest możliwym przeprowadzenie aukcji elektronicznej, po uprzednim ograniczeniu liczby wykonawców w trybie art 288 ustawy Pzp, w przypadku gdy Zamawiający z prawa do przeprowadzenia negocjacji nie korzysta. Odwołujący podkreślił, że prawo prekwalifikacji zostało przez ustawodawcę przewidziane jedynie dla ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do negocjacji i nie można ich stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do aukcji elektronicznej.

Przepisy te znajdują również odzwierciedlenie w postanowieniach SWZ, w których Zamawiający wyraźnie wskazuje, że w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu (pkt 23.1.1 SWZ). Zdaniem Odwołującego z przywołanego postanowienia SWZ wynika nadto, że Zamawiający nie przewiduje możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej w sytuacji skorzystania przez niego z prawa do przeprowadzenia negocjacji.

W ocenie Odwołującego, postępowanie Zamawiającego, który rezygnuje z przeprowadzenia negocjacji i decyduje o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, wyłącznie z udziałem wykonawców określonych na podstawie art 288 ustawy Pzp, uznać należy za bezpodstawne. Takie działanie Zamawiającego, prowadzi nadto do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 308 ustawy Pzp aukcja elektroniczna może zostać przeprowadzona jeżeli złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. W związku z tym celem ustalenia czy w niniejszym postępowaniu zostały spełnione przesłanki warunkujące przeprowadzenie aukcji elektronicznej, Zamawiający zobligowany był do przeprowadzenia procedury badania i oceny ofert, w tym m.in. pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego zaniechał. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie podjął żadnych czynności zmierzających do ustalenia czy w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty przewidziane w art. 226 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał li tylko ograniczenia liczby wykonawców, w oparciu o przepis art 288 ustawy Pzp, co z kolei było niedopuszczalne wobec rezygnacji przez Zamawiającego z możliwości przeprowadzenia negocjacji.

Przeprowadzenia procedury badania i oceny ofert, w tym min. kwalifikacji podmiotowej wykonawców (pod kątem przesłanek odrzucenia oferty określonych w art. 226 ust 1 pkt 2) ustaw)' Pzp) Zamawiający zobligowany był również dokonać przy wyborze wykonawców, którzy zostali zakwalifikowani do negocjacji i to przed skorzystaniem przez Zamawiającego z prawa prekwalifikacji wykonawców czego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał.

Jak wskazał Odwołujący, obowiązek ten wynikał z art. 289 ustawy Pzp, zgodnie z którym zaproszenie do negocjacji może być wystosowane wyłącznie do tych wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu oraz jeżeli przewidziane zostało ograniczenie liczby wykonawców zapraszanych do udziału w negocjacjach zostali do nich zakwalifikowani w procedurze określonej przez Zamawiającego zgodnie z art. 288 ustawy Pzp. Ponadto, Odwołujący wskazał, że obowiązek ten wynika także z treści art. 287 ust. 3 ustawy Pzp, który zobowiązuje Zamawiającego do powiadomienia zarówno o wykonawcach, których oferty nie zostały odrzucone, jak i o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, a dodatkowo o wykonawcach, którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji. Z zestawienia przepisów art. 287 ust. 3 i art. 289 ust. 1 ustawy Pzp wynika zdaniem Odwołującego jednoznacznie, że prekwalifikacja wykonawców do negocjacji, a następnie zaproszenie do negocjacji, wymagają uprzedniego zbadania ofert pod kątem przesłanek odrzucenia. Odwołujący podkreślił, że prekwalifikacji mogą zostać poddani wykonawcy, których oferty nie zostały odrzucone w oparciu o treść przepisu art. 226 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 289 ust. 2 ustawy Pzp, mimo że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia oferty określone w tym przepisie, skoro Zamawiający zrezygnował z przeprowadzania negocjacji i nie zaprosił wykonawców do udziału w negocjacjach, nie ma zatem miejsca sytuacja, iż Odwołujący nie został zaproszony do negocjacji.

Ponadto Odwołujący argumentował, że Zamawiający dokonał prekwalifikacji wykonawców w sposób wadliwy, tj. wyłącznie w oparciu o kryteria oceny ofert, bez badania, czy oferty wykonawców nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 Pzp, w tym bez wezwania wykonawców do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Odwołującego, wadliwa prekwalifikacja dokonana przez Zamawiającego skutkuje ograniczeniem kręgu wykonawców uczestniczących w dalszych etapach postępowania, w szczególności w aukcji, mimo że przepisy uprawniają Zamawiającego do ograniczenia kręgu wykonawców wyłącznie, jeżeli zamierza przeprowadzić negocjacje.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający zaprosił do aukcji wykonawców bez badania, czy oferty wykonawców nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 Pzp, w tym bez wezwania wykonawców do przedstawienia dokumentów podmiotowych.

26 maja 2021 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postepowania odwoławczego w charakterze uczestników postępowania, po stronie Odwołującego:

1)wykonawca Foxmet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce-Leszczyny,

2)wykonawca Energokon – Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu.

30 lipca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania, a w sytuacji niepodzielenia przez Izbę tego stanowiska - o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie

i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu.

Izba nie podzieliła tym samym stanowiska Zamawiającego, jakoby Odwołujący takiego interesu nie posiadał. W ocenie Izby Odwołujący w treści odwołania kwestionował prawidłowość podjętych przez Zamawiającego czynności w toku prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia, których ocena dokonana przez Izbę może rzutować na sytuację Odwołującego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba uznała skuteczność zgłoszonych przez wykonawców Foxmet spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czerwionce-Leszczyny oraz Energokon – Plus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (dalej: „Przystępujący") przystąpień do postępowania odwoławczego w charakterze uczestników postępowania po stronie Odwołującego.

Izba nie uwzględniła w tym zakresie zgłoszonej przez Zamawiającego opozycji. W ocenie Izby zgłaszający przystąpienie wykonawcy posiadają interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Analogicznie, w ocenie Izby, jak w przypadku Odwołującego, ocena czynności Zamawiającego dokonana przez Izbę może wpływać na sytuację Przystępujących w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajdują się oni bowiem razem z Odwołującym na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia w identycznej sytuacji prawej.

Następnie Izba wskazuje, że nie przychyliła się do zgłoszonego przez Zamawiającego wniosku o odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 ustawy Pzp. Skład orzekający podziela stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku z dnia 29 czerwca 2021 r. sygn. akt 1414/21. W ocenie Izby w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mamy do czynienia z zamówieniem sektorowym, bowiem postępowanie to dotyczy rozbiórki obiektów budowlanych Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla na terenie SRK S.A. w Bytomiu, Oddział w Zabrzu KWK Makoszowie i jest tym samym klasycznym zamówieniem na roboty budowlane. Odrzucenie odwołania w oparciu o przesłankę, o której mowa w art. 528 pkt 1 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, gdy w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp, co w tej sprawie w ocenie składu orzekającego nie ma miejsca. Izba tym samym nie przychyla się do zaprezentowanej przez Zamawiającego interpretacji, zgodnie z którą użyte w treści art. 7 pkt 35) ustawy Pzp sformułowanie „w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej" należy rozumieć szeroko i działalnością taką jest również działalność związana z likwidacją kopalń, która stanowi cel statutowy Zamawiającego. W ocenie Izby pojęcie to powinno być interpretowane wąsko i obejmuje działalność prowadzoną bezpośrednio w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej. W przypadku wydobycia paliw jest to działalność polegająca m.in. na poszukiwaniu lub wydobyciu węgla brunatnego węgla kamiennego lub innych paliw stałych. Tym samym, w ocenie Izby, działalność Zamawiającego, która polega na likwidacji kopalń, nie wpisuje się w poszukiwanie i wydobycie, o których mowa w art. 5 ust. 4 pkt 7) ustawy Pzp.

Z tych względów odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu, w zakresie w jakim zostało podtrzymane przez Odwołującego.

W tym miejscu odnotować należy, że po otwarciu rozprawy, Odwołujący wycofał zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 289 ust. 1 i art. 287 ust. 3 w zw. z art. 226 i art. 126 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie badania i oceny ofert wykonawców zaproszonych do negocjacji, pomimo, że zgodnie z przywołanymi przepisami negocjacjom podlegają oferty, które nie podlegały odrzuceniu oraz naruszenia art. 308 ust. 1 w zw. z art. 226 i art. 126 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie badania i oceny ofert wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo, że zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający może poprzedzić wybór oferty najkorzystniejszej przeprowadzeniem aukcji elektronicznej wówczas gdy złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Wobec wycofania ww. zarzutów, Izba, w tym zakresie, umorzyła postępowanie odwoławcze.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453).

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 2) ustawy Pzp, tj. zamawiający przewidział wybór oferty najkorzystniejszej z możliwością prowadzenia negocjacji.

Izba ustaliła, że w wyniku wyjaśnień treści SWZ z 3 marca 2021 r., znajdujących się w przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postepowania, Zamawiający zmienił treść SWZ w ten sposób, że Zamawiający przewidział możliwość przeprowadzenia negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 2 ustawy oraz Zamawiający przewidział wybór najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. (pkt 15.4 i 15.5 SWZ). Ponadto zmianie uległa również treść pkt 22 „Aukcja elektroniczna", w ten sposób, że otrzymał on brzmienie „Negocjacje" oraz Zamawiający postanowił, że zaprosi do negocjacji maksymalnie pięciu Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu najwyżej ocenionych wg kryterium określonego w pkt 21. Zgodnie z art. 289 ust. 2 ofertę wykonawcy niezaproszonego do negocjacji uznaje się za odrzuconą. Termin rozpoczęcia negocjacji będzie wynosił nie mniej niż 5 dni od dnia zaproszenia. Po negocjacjach wykonawca może złożyć ofertę dodatkową zawierającą nową propozycje cenową. Zamawiający oceni ofertę dodatkową. Zmianie uległ również pkt 23 SWZ, który zatytułowano „Aukcja elektroniczna" i wskazano, że godnie z art. 281 ust. 17 ustawy Pzp Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział aukcję elektroniczną. Wskazano też, że po dokonaniu badania złożonych ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu. W toku aukcji elektronicznej licytowana miała być tylko cena.

Pismem z 18 maja 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wykonawcach, których oferty nie zostały odrzucone, w liczbie pięciu wykonawców, o wykonawcach, których oferty uznane zostały za odrzucone (13 ofert), podając uzasadnienie prawne, zgodnie z którym „Na podstawie art. 289 ust. 1 ustawy Pzp – ofertę wykonawcy niezaproszonego do negocjacji uznaje się za odrzuconą". Zamawiający podał też uzasadnienie faktyczne, w treści którego Zamawiający powołał się na brzmienie pkt 22.1 SWZ stanowiącego, że do negocjacji Zamawiający zaprosi maksymalnie pięciu wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu najwyżej ocenione wg kryterium 100% cena. Odrzucone oferty mają najwyższe ceny i uzyskały najmniejszą ilość punktów w jedynym kryterium tj. cena 100%. Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, że do tych wykonawców nie zostanie wystosowane zaproszenie do negocjacji, a ich oferty na podstawie art. 289 ust. 1 uznaje się na odrzucone.

Następnie, w pkt 3) pisma z 18 maja 2021 r., Zamawiający wskazał, że wszyscy wykonawcy, których oferty nie podlegając odrzuceniu zostali zakwalifikowani do negocjacji. W dalszej kolejności Zamawiający stwierdził, że zgodnie z ppkt 23.1.1. SWZ, Zamawiający rezygnuje z przeprowadzenia negocjacji i w celu wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna. Zamawiający poinformował jednocześnie o miejscu i terminie odbycia się aukcji elektronicznej.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia.

art. 289 ustawy Pzp
1. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający może zaprosić, a przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 3, zaprasza jednocześnie wykonawców do negocjacji ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, jeżeli nie podlegały one odrzuceniu, a jeżeli zamawiający ustalił kryteria, o których mowa w art. 288 ust. 2, zaproszenie kieruje do tych wykonawców, których oferty spełniają w najwyższym stopniu te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego.
2. Ofertę wykonawcy niezaproszonego do negocjacji uznaje się za odrzuconą.
5. Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji wskazuje miejsce, termin i sposób prowadzenia negocjacji, a w przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, również kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert.
art. 287 ustawy Pzp
3. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o wykonawcach:
1) których oferty nie zostały odrzucone, oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji,
2) których oferty zostały odrzucone,
3) którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji, oraz punktacji przyznanej ich ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, w przypadku, o którym mowa w art. 288 ust. 1
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
art. 288 ustawy Pzp
1.W przypadkach, o których mowa w art. 275 pkt 2 i 3, zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3.
art. 275 pkt 2 ustawy Pzp
Zamawiający udziela zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający:
2) może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych.
art. 16 pkt 1 ustawy Pzp
Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

W ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Punktem wyjścia dla rozważań jest okoliczność, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp, co oznacza, że zamawiający może przeprowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych. W ocenie Izby, z brzmienia ww. przepisu wynika wprost, że decydując się na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób w nim opisany, zamawiający może zdecydować się na przeprowadzenie negocjacji lecz nie ma takiego obowiązku. W zależności od podjętej decyzji w przedmiocie przeprowadzenia negocjacji, bądź rezygnacji z ich przeprowadzenia, zamawiający jest zobowiązany postępować w określony sposób. I tak, w sytuacji, gdy zamawiający decyduje się na przeprowadzenie negocjacji, postępuje w sposób wskazany w treści art. 287 ust. 3 ustawy Pzp, a następnie prowadzi negocjacje, natomiast w przypadku rezygnacji z przeprowadzenia negocjacji – w sposób wskazany w treści art. 275 pkt 1) w zw. z art. 253 ustawy Pzp. Istotne przy tym jest, że decyzja o tym, czy zamawiający przeprowadzi negocjacje, czy nie, powinna zostać podjęta najpóźniej w momencie zakończenia oceny ofert. Innymi słowy, po zakończeniu oceny ofert, zamawiający decyduje, czy korzysta z możliwości przeprowadzenia negocjacji, jaką daje mu przepis art. 275 pkt 2) ustawy Pzp, czy też z możliwości tej rezygnuje i wówczas postępuje w sposób wskazany w treści art. 275 pkt 1) ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba doszła do przekonania, że czynności Zamawiającego podjęte pismem z 18 maja 2021 r., zgodnie z którymi, po ocenie ofert i wyłonieniu wykonawców w liczbie przewidzianej w treści SWZ w celu zaproszenia ich do negocjacji, uznaniu pozostałych ofert za odrzucone, a następnie rezygnacji z przeprowadzenia negocjacji z jednoczesnym zamiarem przeprowadzenia aukcji elektronicznej jedynie z udziałem wykonawców zakwalifikowanych do negocjacji, były nieprawidłowe.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości ograniczenia wykonawców biorących udział w aukcji elektronicznej. Możliwość taka została przewidziana tylko wobec zaproszenia do negocjacji, co wynika wprost z brzmienia art. 288 ustawy Pzp. Powyższe znalazło również odzwierciedlenie w treści dokumentacji tego postępowania o udzielenie zamówienia, gdzie Zamawiający nie przewidział ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej, lecz ograniczył liczbę wykonawców zaproszonych do negocjacji.

Następnie wskazać należy, że możliwość przeprowadzenia negocjacji, o której mowa w art. 275 pkt 2 ustawy Pzp staje się, w ocenie Izby, obowiązkiem Zamawiającego w momencie, gdy podejmie on decyzję o ich przeprowadzeniu. Jak stanowi wspominany przepis ustawy, negocjacje te są prowadzone w określonym celu, jakim jest ulepszenie treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Co więcej, po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych. Ustawa Pzp nie zabrania zamawiającemu, po złożeniu ofert dodatkowych, dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej, jednak w tej sytuacji aukcja musi być poprzedzona przeprowadzeniem negocjacji, których zwieńczeniem są oferty dodatkowe.

Co do samego sposobu przeprowadzenia negocjacji, to wbrew twierdzeniom Zamawiającego podniesionych podczas rozprawy, ustawa Pzp nie milczy na ten temat. W tym zakresie Izba wskazuje na przepisy art. 289 – 296 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba nie mogła uznać za prawidłowe stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którympo wszczęciu negocjacji będąc już na etapie negocjacji Zamawiający zrezygnował ze spotkania dotyczącego negocjacji, ponieważ jedynym kryterium jest cena. Zamawiający wyjaśnił, że w związku z powyższym uznał za celowe, aby wykonawcy zakwalifikowani do negocjacji od razu składali oferty w celu wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, jednak takie postępowanie w ocenie Izby nie jest prawidłowe z powodów omówionych powyżej.

Kluczowa dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie jest ocena czynności podjętych przez Zamawiającego pismem z 18 maja 2021 r., mając na uwadze brzmienie art. 287 ust. 3 ustawy Pzp. Co do zasady bowiem, dokonanie czynności, o których mowa w tym przepisie jest wyrazem decyzji Zamawiającego o przeprowadzeniu negocjacji. Nie ma

wątpliwości, że pismem z 18 maja 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w tym postępowaniu o wyłonieniu pięciu wykonawców oraz o uznaniu ofert pozostałych wykonawców niezakwalifikowanych do wyłonionej piątki, za odrzucone. Zamawiający wskazał wprost, że wszyscy wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu zostali zakwalifikowani do negocjacji. Powyższe mogło by oznaczać, że Zamawiający zdecydował się na przeprowadzenie negocjacji w tym postępowaniu. Jednak skierowanie przez Zamawiającego do wykonawców informacji o tym, że Zamawiający „(…) rezygnuje z przeprowadzenia negocjacji i w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna", po pierwsze nie jest prawidłowe, po drugie sprawia, że czynność Zmawiającego jest w ocenie Izby wewnętrznie sprzeczna, a tym samym wadliwa. Interpretacja czynności podjętych przez Zamawiającego pismem z 18 maja 2021 r., zaprezentowana przez Odwołującego w treści odwołania, zgodnie z którą Zamawiający *de facto* ograniczył liczbę wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej zasługuje na uwzględnienie. Izba nie ma wątpliwości co do tego, że czynności Zamawiającego podjęte pismem z 18 maja 2021 r. faktycznie zmierzały do ograniczenia liczby wykonawców z udziałem których odbyła by się aukcja elektroniczna. Co więcej, sama czynność zakwalifikowania wykonawców do negocjacji w obliczu decyzji o rezygnacji z ich przeprowadzenia może być również oceniona jako czynność pozorna. W związku z powyższym skład orzekający stoi na stanowisku, zgodnie z którym nie sposób jednoznacznie zakwalifikować czynności zamawiającego, o których mowa w piśmie z 18 maja 2021 r. jako podjęcie decyzji o przeprowadzeniu negocjacji. Z tego względu w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała za celowe i słuszne nakazanie Zamawiającemu unieważnienie tych czynności i kontynuowanie postępowania na podstawie art. 275 pkt 2) ustawy Pzp. Oznacza to, że po ocenie ofert, Zamawiający działając na podstawie art. 275 pkt 2) ustawy Pzp powinien zdecydować, czy przeprowadza negocjacje (i faktycznie je przeprowadzić w sposób wskazany w treści ustawy Pzp) albo podjąć decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba ma na uwadze, że podjęcie decyzji należy do Zamawiającego (przepis art. 275 pkt 2 ustawy Pzp stanowi że Zamawiający „może") stąd też nakazanie w tym zakresie konkretnego wyboru przez Izbę byłoby ingerencją w uprawnienia Zamawiającego.

W tym miejscu Izba ponownie wraca do argumentacji Zamawiającego, jakoby przedmiotowe odwołanie należało oddalić ze względu na brak interesu po stronie Odwołującego. Gdyby przyjąć słuszność takiego stanowiska, po pierwsze odwołanie należałoby oddalić i tym samym podzielić oczywiście nieprawidłowe czynności Zamawiającego, po drugie rozwiązanie takie byłoby niezasadne ponieważ naruszenie przepisów ustawy Pzp może mieć w ocenie Izby istotny wpływ na wynik postępowania. W sytuacji bowiem jeśli Zamawiający zdecyduje się odstąpić od przeprowadzenia negocjacji i będzie kontynuować postepowanie w wariacie pierwszym trybu podstawowego, do aukcji elektronicznej zostaną zaproszeni wszyscy wykonawcy, który złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (w tym postępowaniu na moment wyrokowania oferty wykonawców niezakwalifikowanych do negocjacji zostały uznane za odrzucone, Zamawiający nie podał innych powodów odrzucenia ofert w piśmie z 18 maja 2021 r.), co oznacza że zostanie rozszerzona konkurencja w porównaniu z sytuacją, gdyby potencjalnie rywalizować miało ze sobą tylko pięciu wykonawców.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..…