Sygn. akt KIO 1932/21

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Osiecka

Protokolant:Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 sierpnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „Olexbud", Kąty 95, 32-862 Porąbka Iwkowska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Myślenice**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „Olexbud", Kąty 95, 32-862 Porąbka Iwkowska** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „Olexbud", Kąty 95, 32-862 Porąbka Iwkowska** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 1932/21

U Z A S A D N I E N I E

Gmina Myślenice, dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. *Budowa Przedszkola Samorządowego w Jaworniku* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00070308 w dniu 1 czerwca 2021 r.

W dniu 28 czerwca 2021 r. wykonawca P. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „Olexbud", Kąty 95, 32-862 Porąbka Iwkowska, dalej „Odwołujący", złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 ustawy Pzp przez niezapewnienie odpowiedniej sprawności systemu informatycznego, za pomocą którego składane były oferty na aukcji, co w rezultacie spowodowało uniemożliwienie Odwołującemu złożenia oferty oraz zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, iż w sprawie wystąpiła przesłanka z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,
w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, informacji o unieważnieniu aukcji elektronicznej, informacji o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 sierpnia 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. Budowa Przedszkola Samorządowego w Jaworniku. Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Ofertę w postępowaniu złożył m.in. Odwołujący, który został zaproszony do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. Niemniej w związku z problemami technicznymi związanymi z autoryzacją podpisu kwalifikowanego Odwołujący ostatecznie nie uczestniczył w aukcji.

Dalej, Izba ustaliła, że 22 czerwca 2021 r. pełnomocnik Odwołującego poinformował Zamawiającego o błędzie systemu oraz wezwał do unieważnienia postępowania. Dnia 23 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, a następnie go unieważnił 30 czerwca 2021 r. i powtórzył czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dniu 9 lipca 2021 r. (nr aukcji A-106-2021) na portalu aukcyjnym Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący w trakcie aukcji wielokrotnie składał postąpienia. Następnie, w związku z upływającym terminem związania ofertą, Zamawiający zwrócił się 9 lipca 2021 r. do wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą wyznaczając dzień 16 lipca 2021 r. na ostateczny termin złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący nie złożył w wyznaczonym terminie stosownego oświadczenia. Zamawiający

dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucając jednocześnie ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z brakiem wyrażenia pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Następnie, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Bezspornym w niniejszej sprawie jest to, że Odwołujący wniósł odwołanie na następujące czynności w postępowaniu polegające na: niezapewnieniu odpowiedniej sprawności systemu informatycznego, za pomocą którego składane były oferty na aukcji, co w rezultacie spowodowało uniemożliwienie odwołującemu złożenia oferty oraz na zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania. Argumentację opierał na błędach w działaniu systemu informatycznego, co uniemożliwiło mu przystąpienie do prowadzonej aukcji elektronicznej.

Izba ustaliła, że Zamawiający, po wniesionym przez wykonawcę odwołaniu, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzył aukcję elektroniczną. Odwołujący w trakcie aukcji wielokrotnie składał postąpienia, a następnie nie złożył na wezwanie Zamawiającego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. W konsekwencji oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, aby rozstrzygnąć spór, w tak zaistniałym stanie faktycznym, należy wziąć pod uwagę następujące przepisy ustawy Pzp: art. 513 pkt 1 i 2 oraz art. 552 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 513 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Ponadto, zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Mając na względzie treść niniejszych przepisów ustawy Pzp należy wskazać, co następuje. Po pierwsze, aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego lub zaniechanie czynności w postępowaniu. Wobec powyższego na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego z dnia 22 czerwca 2021 r. polegająca na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, w której nie mógł uczestniczyć Odwołujący, oraz czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 23 czerwca 2021 r., a w konsekwencji zaniechanie unieważnienia postępowania.

Po drugie, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a przepisy ustawy Pzp nie zobowiązują zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia, co skład orzekający jest zobowiązany uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Rolą art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak przy interpretacji art. 316 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego (gdzie sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy), jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wobec tego, skoro Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu, do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał unieważnienia czynności po wniesieniu przez wykonawcę odwołania, tj. dokonał czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia przeprowadzenia aukcji elektronicznej – czynności stanowiącej zasadniczą podstawę wniesionego w dniu 28 czerwca 2021 r. środka ochrony prawnej. Tym samym w niniejszej sprawie czynność stanowiąca podstawę niniejszego odwołania przestała istnieć na moment zamknięcia rozprawy.

Wobec art. 552 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać, że ustawodawca dopuścił sytuacje, w których stan rzeczy – naruszenia przepisów ustawy na moment zamknięcia rozprawy może różnić się od tego, który istniał w momencie wniesienia odwołania. W rezultacie treść rozstrzygnięcia, która opiera się na stanie rzeczy z chwili zamknięcia rozprawy, może być odmienna od treści rozstrzygnięcia, która opierałaby się jedynie na stanie faktycznym sprawy istniejącym w chwili wniesienia odwołania.

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż rolą Izby jest rozstrzyganie na datę zamknięcia rozprawy. Tym samym wobec skarżenie przez wykonawcę czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej, czynności, która to na moment zamknięcia rozprawy nie istniała – nie daje Izbie podstaw prawnych do stwierdzenia naruszenia – wobec okoliczności, że Zamawiający dokonał powtórzenia czynności aukcji elektronicznej, które to powtórzenie jest możliwe. O możliwości unieważnienia aukcji elektronicznej pozytywnie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 7 kwietnia 2016 r., wydanym w sprawie C-324/14, w którym stwierdzono m.in., że *wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę (...).*

Zatem w konsekwencji unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji oraz pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności tych nie ma w postępowaniu (brak substratu zaskarżenia). Równocześnie nie istnieje

podstawa, na którą powoływał się Odwołujący, do unieważnienia postępowania skoro ww. czynności zostały anulowane przez Zamawiającego. Izba zaś, jako organ kontrolujący czynności Zamawiającego w postępowaniu, nie może za Zamawiającego bądź równolegle z nim, dokonywać czynności w postępowaniu, a jedynie badać prawidłowość dokonanych już czynności. Odwołujący zaś, w przypadku powtórzonego wyboru oferty najkorzystniejszej, posiadał instrumenty prawne umożliwiające mu wniesienie odrębnego odwołania na czynności, które miały miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym odrzucenie jego oferty, z czego nie skorzystał.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku
na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……