Sygn. akt: KIO 2980/23

WYROK
z dnia 26 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2023 r. przez Odwołującego **GRENEVIA Spółka Akcyjna**, Al. Roździeńskiego 1A, 40-202 Katowice, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna**, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

przy udziale

Wykonawcy „**Becker-Warkop" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,** ul. Przemysłowa 11, 44-266 Świerklany zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **KONKO Spółka Akcyjna** ul. Fabryczna 6, 41-404 Mysłowice, **Fabryka Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING Spółka Akcyjna** ul. Modelarska 11, 40-142 Katowice, **Elibron Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Francuska 92A/13, 40-507 Katowice, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

Wykonawcy **PATENTUS Spółka Akcyjna** ul. Górnośląska 11, 43-200 Pszczyna zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – GRENEVIA S.A. i:
2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście 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) tytułem kosztów Zamawiającego;
2.2zasądza od Odwołującego – GRENEVIA S.A. na rzecz Zamawiającego – Polska Grupa Górnicza S.A. kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) 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 2980/23

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Polska Grupa Górnicza S.A. z/s w Katowicach, w trybie podstawowym na zamówienie sektorowe obejmujące *dostawę przenośnika zgrzebłowego ścianowego i podścianowego, kruszarki, układu przekładkowego wraz z wyposażeniem elektrycznym do ściany II w pokł408/1 cz. II dla PGG S.A. Odział KWK ROW Ruch Chwałowice*(sygn. postępowania: 47230113), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.08.2023 r., 2023/S 166-523745, wobec czynności polegającej na zmianie treści ogłoszenia i specyfikacji warunków zamówienia, wniesione zostało w dniu 09.10.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy GRENEVIA S.A. z siedzibą w Katowicach.
Zamawiający opublikował sprostowanie ogłoszenia oraz swz w dniu 27.09.2023 r. Zamawiający zrezygnował z prowadzenia aukcji elektronicznej wskazując, iż zamierza dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty bez prowadzenia aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 137 § 1 w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp poprzez dokonanie zmiany treści swz oraz ogłoszenia o zamówieniu, polegającej na rezygnacji wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem jednoetapowej aukcji elektronicznej pomimo braku zaistnienia uzasadnionego przypadku przemawiającego za wprowadzeniem takiej zmiany, co powoduje, że postępowanie nie jest prowadzone w sposób przejrzysty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zmiany treści ogłoszenia i swz i przywrócenia do poprzedniego brzmienia ich treści.
Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Odwołującego wykonawcy: „Becker-Warkop" Sp. z o.o. s/z w Świerklanach, konsorcjum: KONKO S.A. z/s w Mysłowicach, Fabryka Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A. z/s w Katowicach, Elibron Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, a także PATENTUS Spółka Akcyjna z siedzibą w Pszczynie.

Zamawiający złożył w dniu 25.10.2023 r. odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający odniósł się zarzutów prezentując własne stanowisko w sprawie. Zasadniczym argumentem mającym przemawiać za bezzasadnością zarzutów jest wskazanie na brak naruszenia przepisów Ustawy, które regulują prowadzenie aukcji elektronicznej, pozostawiając decyzję o jej wykorzystaniu w postępowaniu zamawiającemu.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, tj. ogłoszenie o zamówieniu wraz z swz w brzmieniu nadanym po modyfikacji z dnia 27.09.2023 r.
Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego. Przed terminem na składanie ofert Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień swz i ogłoszenia. Na skutek modyfikacji treści ogłoszenia (sekcja IV.1.6) oraz części XVI swz, Zamawiający zrezygnował z przeprowadzenia aukcji elektronicznej w celu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba oddaliła odwołanie.

W pierwszej kolejności skład orzekający poddał ocenie wykazanie przez Odwołującego spełnienia przesłanek określonych w art. 505 Ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy.

Odwołujący w uzasadnieniu interesu prawnego wskazywał na potencjalną możliwość uzyskania zamówienia, a naruszenia Zamawiającego miałyby znacznie utrudniać lub prowadzić do braku możliwości złożenia przez Odwołującego korzystnej oferty ostatecznej, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. To z kolei może spowodować poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraconych korzyści wynikających z realizacji zamówienia. Na rozprawie Odwołujący uzupełniając tą argumentację wskazał na dotychczasowy udział w postępowaniach prowadzonych z zastosowaniem aukcji i zdobyte na tej podstawie doświadczenie, które pozwala na obniżenie ceny w toku aukcji. Na etapie otwarcia ofert Wykonawca zna konkurencję i na tej podstawie może ocenić na ile może obniżyć koszty, co nie ma jednak związku z udziałem konkretnych podmiotów. Sama możliwość obniżenia ceny stanowi dla niego wartość gospodarczą.

Powyższe, uwzględniając zakres kwestionowanych postanowień swz i ogłoszenia, prowadziło do uznania, iż Odwołujący nie wykazał interesu prawnego, jak również nie było podstaw do przyjęcia, iż skarżone czynności mogłyby prowadzić do powstania szkody po stronie Odwołującego.

Należy wskazać na ugruntowane orzecznictwo, w którym badanie interesu prawnego wnoszącego odwołanie na etapie kwestionowania postanowień swz i ogłoszenia, związane jest nie tylko z samym stwierdzeniem, iż wykonawca zamierz złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, ale powiązane jest również z obiektywną oceną potrzeby uzyskania określonego rozstrzygnięcia, wynikającej z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia (por. wyrok KIO z 5.01.2023 r., sygn. akt KIO 3370/22).

W wyroku z dnia 02.03.2022 r., sygn. akt KIO 440/22, Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła, iż „Na tym etapie postępowania, tj. przed upływem terminu składania ofert, interes w kwestionowaniu postanowień swz lub ogłoszenia o zamówieniu ma każdy wykonawca, który jest zainteresowany złożeniem oferty i któremu te postanowienia mogą utrudnić złożenie konkurencyjnej oferty. Bez względu zatem na to, co napisał odwołujący w odwołaniu (prawdopodobnie nie usunął fragmentu z poprzedniego odwołania dotyczącego innego stanu faktycznego), sam fakt, że jest on zainteresowany ubieganiem się o zamówienie i uznaje postanowienia projektu umowy (czyli części swz) za naruszające przepisy i utrudniające mu złożenie oferty, stanowi podstawę, by stwierdzić, że posiada on interes we wniesieniu odwołania. Nie jest przy tym konieczne, aby kwestionowane postanowienia uniemożliwiały wykonawcy złożenie oferty, ale wystarczy, że utrudniają mu złożenie oferty. Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo Izby, np. wyrok KIO 1747/17 z dnia 05.09.2017 r. czy KIO 2426/17 z dnia 01.12.2017 r."

Przenosząc powyższe na stan wynikający z okoliczności stanowiących postawę zarzutów, skład orzekający uznał, iż nie było wystarczającym dla wykazania istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia jedynie powoływanie się na chęć złożenia oferty, jeżeli nie zostało to powiązane z wykazaniem utrudnienia skorzystania z możliwości ubiegania się o zamówienie, do czego prowadzić miałyby kwestionowane zmiany w dokumentacji postępowania. Środki ochrony prawnej mają na celu ochronę interesu wykonawcy przed naruszającymi przepisy Ustawy czynnościami i zaniechaniami zamawiającego, co należy uwzględnić wykazując spełnienie przesłanek determinujących merytoryczne rozpoznanie zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu wykonawcy może prowadzić do oddalenia odwołania bez merytorycznego rozpoznania zarzutów (por. wyrok KIO z 4.03.2022 r., sygn. akt KIO 415/22, wyrok z 30.06.2020 r., sygn. akt KIO 819/20).

Mając na uwadze etap postępowania nie budziło wątpliwości składu orzekającego, iż odwołanie przysługiwało Wykonawcy, który zamierza złożyć ofertę w postępowaniu przetargowym, jednak w sytuacji, gdy nie zostało wykazane, iż czynność modyfikacji postanowień swz i ogłoszenia prowadzić mogła do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, jak i szkody, stanowiących konsekwencje naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

Zastrzeżenia składu orzekającego co do wykazania wystąpienia przesłanek objętych normą art. 505 Ustawy nie zostały w sposób przekonujący rozwiane wskazaniem na skutki, jakie może mieć dla Odwołującego decyzja o rezygnacji z przeprowadzenia jednoetapowej aukcji. Odwołujący wskazał bowiem, iż zmiana ta ma oznaczać brak możliwości obniżenia ceny, do czego miałaby prowadzić aukcja z udziałem co najmniej dwóch wykonawców. Okoliczność ta, w ocenie składu orzekającego nie wskazuje jednak, iż czynność Zamawiającego miała znaczenie dla możliwości złożenia oferty, w tym zaoferowania najkorzystniejszej oferty, o czym faktycznie przesądzać mogą kryteria oceny ofert, ustalone wymagania co do przedmiotu zamówienia jak również wskazane warunki udziału w postępowaniu. Nawet hipotetyczna możliwość obniżenia ceny w toku aukcji nie ma znaczenia dla samego złożenia oferty, co oznacza, iż niezależnie od zmiany zasad wyboru oferty (tj. bez udziału w aukcji), sytuacja wyjściowa Wykonawcy jest taka sama. O możliwości złożenia oferty w przetargu nie decyduje prowadzenie postępowania z wykorzystaniem aukcji elektronicznej (w przypadku mniejszej ilości ważnych ofert do aukcji w ogóle nie dojdzie). W ocenie składu orzekającego nie zostało

również wykazane, aby zmiana treści swz i ogłoszenia mogła prowadzić do możliwości powstania szkody po stronie Odwołującego, którą należałoby rozumieć jako zagrożenie utratą korzyści związanych z realizacją zamówienia. Powstanie szkody należy rozumieć, jako zdarzenie podyktowane niedozwolonym działaniem Zamawiającego, a nie zwykłym ryzykiem biznesowym, do czego zasadniczo należy odnieść argumentację Odwołującego. To czy oferta zostanie złożona za cenę uwzględniającą niższy zysk, niż mogłoby to finalnie zakończyć się przy prowadzonej aukcji, będzie wynikiem wyłącznie decyzji wykonawcy i założonego w kalkulacji ceny ofertowej zysku. Ustalenie warunków oferty, w tym założonego poziomu zysku nie może być kwalifikowane w kategorii szkody spowodowanej potrzebą złożenia konkurencyjnej oferty. Nie jest to również podyktowane czynnościami Zamawiającego, które polegały wyłącznie na rezygnacji z prowadzenia aukcji elektronicznej.

Ponadto, Izba uznała, iż sama czynność objęta zarzutami nie mogła być kwalifikowana jako naruszająca przepisy Ustawy, w tym wskazane art. 137 par. 1 i art. 16 pkt 2 Ustawy. Przepisu Ustawy wprowadzają procedurę dokonywania zmiany w treści ogłoszenia i swz, co ma gwarantować zachowanie zasad, w tym zasady przejrzystości czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma żadnego uzasadnienie dla przyjęcia twierdzenia Odwołującego, iż rezygnacja na etapie poprzedzającym złożenie ofert z prowadzenia aukcji powoduje, iż postępowanie traci walor przejrzystości, w sytuacji gdy zmiana ta została opublikowana przez zamawiającego. Przyjęcie tego założenia prowadzić musiałoby do stwierdzenia, iż postepowanie prowadzone w procedurze otwartej już z powodu samego braku przewidzenia aukcji elektronicznej, nie zapewnia zachowania przejrzystości czynności postępowania. Jest to całkowicie nieuprawnione i niczym niepoparte stwierdzenie Odwołującego.

Zamawiający nie miał obowiązku informować o przyczynach zmiany, co w ocenie Odwołującego miałoby stanowić miernik przejrzystości dla postępowania. Aby stwierdzić naruszenie przepisu Ustawy koniecznym byłoby wykazanie przez Odwołującego, iż rezygnacja z prowadzenia aukcji naruszała konkretny przepis Ustawy nakazujący jej prowadzenie. Samo powołanie się na „uzasadniony przypadek", jako wytyczną dla możliwości zmiany treści swz (art. 137 Ustawy), w okolicznościach niniejszej sprawy, nie było wystarczające dla stwierdzenia, iż zmiana powinna być kwalifikowana jako naruszająca przepis Ustawy. Z punktu widzenia Zamawiającego zmiana mogła być uzasadniona analizą dotychczasowych postępowań prowadzonych z wykorzystaniem aukcji, co wskazuje na pewną tendencję do zawyżania ceny, tak aby w toku aukcji móc konkurować z wykonawcami (dowód złożony przez Odwołującego – zestawienie cen z 7 postępowań prowadzonych z wykorzystaniem aukcji). W sytuacji, gdyby w obecnym postępowaniu nie doszło do aukcji (brak dwóch ważnych ofert) Zamawiający pozostałby z ofertą droższą, niż mógłby się tego spodziewać w postępowaniu, w którym aukcja nie była od początku przewidziana. Wykonawcy w takiej sytuacji dokonują innych założeń składając ofertę, która nie będzie podlegała żadnej zmianie w toku postępowania. Przy aukcji, to sytuacja wykonawcy jest korzystniejsza, gdyż posiada pole manewru i może dostosować ostateczną treść oferty kierując się nie interesem zamawiającego w uzyskaniu najniższej ceny, ale realiami dyktowanymi przebiegiem aukcji.

W świetle powyższego Izba oddaliła odwołanie uznając, iż Odwołujący nie wykazał przesłanki warunkującej uznania, iż odwołanie wniesione zostało w celu ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia, jak również że stanowiąca przedmiot zarzutu czynność prowadzić mogła do szkody po stronie Odwołującego wynikającej z naruszenia przepisów Ustawy.

Przewodniczący: ……