Sygn. akt: KIO 2583/23

POSTANOWIENIE
z dnia 15 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel-Kowalczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2023 r. przez Odwołującego wykonawcę **J.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.L. Jordan Groupz siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **POLREGIO S.A. z siedzibą w Warszawie**

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **J.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.L. Jordan Groupz siedzibą w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 2023 r. poz. 1605, ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 2583/23

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

Zamawiający – POLREGIO S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Komunikacja autobusowa w terminie 3.09 - 11.11.2023 r.” (Numer referencyjny: Kr.240.1694.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/ S134-428543 w dniu 14 lipca 2023 r.

I

W dniu2 września 2023 r. wykonawca J.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.L. Jordan Groupz siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania Zmawiającego polegającego na powstrzymaniu się od unieważnienia aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 3 i przeprowadzenia jej ponownie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy wyłonionego w wyniku owej aukcji została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 16 pkt 1 w zw. z pkt 2 w zw. z art. 233 ust. 1 Pzp – poprzez uniemożliwienie wykonawcom, w toku aukcji, zapoznania się z ofertą, która realnie uzyskała najwyższą liczbę punktów, tj. taką, która ostatecznie została wyłoniona jako zwycięska;
2) art. 16 pkt 1 w zw. z pkt 2 w zw. z art. 234 ust. 1 Pzp – poprzez uniemożliwienie wykonawcom dokonania postąpień korzystniejszych od oferty, która realnie uzyskała najwyższą liczbę punktów: wykonawcy mogli dokonywać jedynie postąpień korzystniejszych od oferty odrzuconej później z powodu rażąco niskiej ceny, w wyniku czego ostatnie postąpienie przed postąpieniem odrzuconego wykonawcy okazało się zwycięskim w całej aukcji;
3) art. 17 pkt 2 Pzp – poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób uniemożliwiający uzyskanie jak najlepszych efektów gospodarczych zamówienia, tj. pozbawienie wykonawców możliwości zaproponowania oferty najkorzystniejszej cenowo.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania:

1) Unieważnienia czynności Zamawiającego z dn. 24 sierpnia 2023 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 3;
2) Unieważnienie aukcji elektronicznej z dn. 8 sierpnia 2023 r. i zobowiązanie Zamawiającego do przeprowadzenia aukcji ponownie;
3) W przypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą: unieważnienie umowy;

Odwołujący wnosił również o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania.
Odwołujący podał, że odwołanie zostało wniesione, na podstawie art. 515 ust. 3 pkt. 1 Pzp w terminie 10- dniowym, liczonym od dnia poinformowania przez Zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy, który zaproponował w trakcie aukcji najniższą cenę. Wartość zamówienia, tj. 3 200 768, 57 zł przekracza progi unijne dla zamówień sektorowych w zakresie usług.

II

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

III

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

SWZ została udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia 14 lipca 2023 r.

Zgodnie z § 18 pkt 11. SWZAukcja odbywać się będzie według zniżkowej „aukcji angielskiej", co oznacza, że każda następna oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie miała wartość niższą od wartości oferty uprzednio złożonej przez Wykonawcę.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2023 r. Zamawiający, przekazał wykonawcom ubiegającym się o zamówienia zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 3. W przedmiotowym zaproszeniu do aukcji Zamawiający poinformował, że „Aukcja odbywać się będzie według zniżkowej „aukcji angielskiej", co oznacza, że każda następna oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie miała wartość niższą od wartości oferty uprzednio złożonej przez Wykonawcę."
Zamawiający w dniu 1 września 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie w której wnosił o odrzucenie odwołania.
Zamawiający wskazał, że „formułując zarzuty Odwołujący powołał się na naruszenia przepisów art. 233 ust. 1 i 234 ust. 1 Pzp oraz związane z tym naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z pkt 2 i 17 pkt 1 Pzp. Treść uzasadnienia wskazuje jednoznacznie, że zdaniem Odwołującego nie były czynności Zamawiającego naruszające normy wynikające z przywołanych art. 233 ust. 1 i 234 ust. 1 Pzp.
Nie jest bowiem prawdą, że Zamawiający w toku aukcji elektronicznej na bieżąco nie przekazywał każdemu Wykonawcy informacji umożliwiających ustalenie Odwołującemu pozycji jego oferty w klasyfikacji ofert, w szczególności informacji o uzyskanej punktacji oraz o punktacji oferty, która uzyskała najwyższą liczbę punktów. Uzasadnienie odwołania w żaden sposób nie wskazuje, że do naruszenia doszło.
Zarzutu opartego o art. 234 ust. 1 Pzp Odwołujący nie uzasadnił. Należy wręcz stwierdzić, że nie sformułował. W odwołaniu nie ma w istocie ani uzasadnienia prawnego, ani faktycznego odpowiadających temu przepisowi i naruszonej. Zdaniem Odwołującego, normie z niego wynikającej (*W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji*). (…)
W istocie jednak Wykonawca kwestionuje określone w SWZ zasady przeprowadzenia aukcji elektronicznej (z uzasadnienia odwołania wynika, że (cyt.): Zasady przeprowadzenia aukcji uniemożliwiały jednak dokonywanie postąpień innych niż korzystniejsze od oferty wykonawcy, który w danym momencie zaproponował najniższą cenę, tj. Wykonawcy nr 1.
Stąd faktycznie informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiąca podstawę do wniesienia odwołania w przedmiotowym postępowaniu to opublikowanie w dniu 14 lipca 2023 r. ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia. Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem 24 lipca 2023 r. Nawet gdyby uznać, że dookreśleniem zasad przeprowadzonej aukcji jest zaproszenie Wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, to miało ono miejsce 3 sierpnia 2023 r. W tym przypadku termin na wniesienie odwołania upłynął 13 sierpnia 2023 r."
Izba uznała, że odwołanie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.
Zgodnie z przepisem art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W myśl przepisu art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje między innymi na 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 postanowienia umowy. Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 2 pkt 1) odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa

albo przekracza progi unijne.

Biorąc pod uwagę sposób sformułowania zarzutów oraz argumentację faktyczną przywołaną w odwołaniu, nie odnoszącą się de facto do potencjalnych nieprawidłowości w toku przeprowadzonej aukcji czy też czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a jedynie do jej zasad zakreślonych już w SWZ, uznać należy, iż odwołujący kwestionuje postanowienia SWZ oraz zaproszenia do aukcji, przy czym wykonawca zaakceptował te zasady uczestnicząc w aukcji. Wykonawca faktycznie nie kwestionuje czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie przedstawia argumentacji w tym zakresie. Słusznie zatem wywodził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, Specyfikacja Warunków Zamówienia została udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia 14 lipca 2023 r. Postanowienia dotyczące zasad prowadzenia przewidzianej w postępowaniu aukcji elektronicznej, które stały się podstawą zarzutów wniesionego odwołania były zatem znane Odwołującemu, od dnia publikacji SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienia nie zostały zmienione przez Zamawiającego w toku postępowania, a następnie zostały powtórzone w zaproszeniu do aukcji wystosowanym w dniu 3 sierpnia 2023 r.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że termin na wniesienie odwołania w zakresie postanowień SWZ biegł od dnia publikacji SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania, nawet gdyby przyjąć korzystniejszą dla Odwołującego interpretację, że termin ten należało liczyć od przekazania zaproszenia do udziału w aukcji (jako zawierającego pełną regulację co do wymagań i zasad związanych z aukcją) to odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 2 września 2023 r. należy uznać za wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu. Nie podlega także modyfikacji, a w szczególności nie może być przedłużony.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 553 zd. drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 zdanie pierwsze 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).

Przewodnicząca:……