

### Zadania i obowiązki zamawiającego

# Ryzykowna aukcja?

Przy zastosowaniu aukcji elektronicznej zamawiający w różnych momentach informuje wykonawców o skutkach badania i oceny ich ofert, co może wpłynąć na przedłużenie procedury w wyniku składanych odwołań.

**mec. Adam Roszyk**

Adwokat w KSP Legal & Tax Advice.

**A**ukcja elektroniczna sprzyja unowocześnieniu i usprawnieniu procedur udzielania zamówień publicznych, a także – dzięki „licytacji” – ułatwia zamawiającym dążenie do uzyskania jak najkorzystniejszych ofert. Nie jest to odrębny tryb udzielania zamówień, a jedynie jeden z etapów, który może (ale nie musi) zastosować zamawiający prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w sytuacji, w której w poprzednio prowadzonym postępowaniu (w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego) wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

#### **Odwołanie wykonawcy niezaproszonego do udziału**

Zgodnie z art. 91b ust. 1 pzp zamawiający zaprasza do udziału w aukcji wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Oznacza to, że zaproszenie do aukcji poprzedzone musi zostać badaniem

wszystkich ofert pod kątem ich odrzucenia. Wykonawcy, których oferty zamawiający uzna za podlegające odrzuceniu, nie zostaną zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej. Ustawa nie wymaga jednak, aby już wówczas zostali oni poinformowani o efektach badania ofert, tj. o uznaniu ich ofert za podlegające odrzuceniu. Ścisłe stosowanie się do tego zapisu ustawowego doprowadzić może do szeregu komplikacji i zbędnego przedłużenia postępowania, jeżeli zamawiający, zgodnie z ustawą, dopiero w powiadomieniu o wyborze oferty poinformuje wykonawców niezaproszonych do aukcji o odrzuceniu ich ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie rozstrzygała odwołania oparte na zarzutach dotyczących kręgu wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej. Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby były m.in. zagadnienia dotyczące początku biegu terminu na wniesienie środka odwoławczego przez wykonawców niezaproszonych do aukcji, także w sytuacji gdy zamawiający poinformował ich o kręgu wykonawców zaproszonych do aukcji pomimo braku takiego obowiązku.

#### **■ Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2012 r. (KIO 1086/12)**

„Odrzucenie oferty jest czynnością, o której zamawiający jest bezwzględnie

zobowiązany poinformować wykonawcę. Jest to zatem czynność, o której mowa w art. 182 ust. 1 pzp, i termin na wniesienie odwołania biegnie od momentu powiadomienia. Nie znajduje zaś zastosowania art. 182 ust. 3 pzp, określający początek biegu terminu na wniesienie odwołania od dnia, w którym wykonawca powziął wiadomość o czynności zamawiającego. (...) Nie można oczekiwać wniesienia odwołania przez wykonawcę niezaproszonego do aukcji, jeżeli ten nie zna zarzutów stawianych przez zamawiającego jego ofercie”.

Podobne stanowisko Izba zajęła w wyroku z dnia 13 kwietnia 2012 r. (KIO 626/12). Oznacza to, że nawet gdyby wykonawca faktycznie wiedział o odrzuceniu jego oferty i niezaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej, termin na wniesienie odwołania biegnie dla niego dopiero od momentu otrzymania od zamawiającego powiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania – po zakończeniu aukcji elektronicznej.

#### **Odwołanie wykonawcy zaproszonego do udziału**

Z drugiej strony termin na wniesienie odwołania przez wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji, którzy chcą podważyć nieodrzucone ofert

konkurentów, biegnie od chwili otrzymania zaproszenia. Jeżeli zamawiający wskazuje, kogo zaprosił do udziału w aukcji, to już wówczas znają oni krąg wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu (tak postanowienie KIO z dnia 23 listopada 2010 r. – KIO/UZP 2444/10, wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r. – KIO 414/11, postanowienie KIO z dnia 11 czerwca 2012 r. – KIO 1136/12). Jeżeli zatem, w ocenie takich wykonawców, oferty konkurenta lub konkurentów zaproszonych do aukcji podlegają odrzuceniu, powinni oni wnieść odwołanie już po otrzymaniu zaproszenia. To także prowadzi do swego rodzaju rozbicia postępowania odwoławczego na etapy. Jeżeli wykonawca taki, obok zakwestionowania wyników badania ofert konkurencji, zakwestionuje także przebieg aukcji, złoży kolejne odwołanie w terminie liczącym od momentu rozstrzygnięcia aukcji i uruchomi po raz kolejny postępowanie odwoławcze. Odwołanie może oczywiście złożyć także każdy z pozostałych wykonawców biorących udział w aukcji.

Co więcej, w przypadku wykorzystania aukcji elektronicznej dochodzi również do dwukrotnego dokonania czynności, w której zamawiający przedstawia efekty oceny ofert. Najpierw, zgodnie z art. 80 ust. 2 w zw. z art. 91c ust. 5 pzp, przedstawi on wynik aukcji, a następnie powiadomi o wyborze oferty zgodnie z art. 92 pzp. Termin na wniesienie odwołania od przebiegu aukcji biegnie od dnia umieszczenia informacji, o której mowa w art. 80 ust. 2 pzp, zaś termin na wniesienie odwołania co do wyboru oferty – od dnia powiadomienia. W przypadku istotnego rozłożenia w czasie tych czynności (co jest możliwe) zdarzyć się może, że konieczne będzie dwukrotne przeprowadzenie postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę przedstawione uwagi co do terminów na wniesienie odwołania, należy zwrócić uwagę na ryzyko istotnego wydłużenia postępowania,

w którym zamawiający zdecydował się na zastosowanie aukcji elektronicznej.

## **Ryzyko trzykrotnego prowadzenia postępowania odwoławczego**

W skrajnym przypadku może dojść do trzykrotnego przeprowadzenia postępowania odwoławczego:

- 1) wskutek odwołania wykonawcy zaproszonego do udziału w aukcji, którego przedmiotem jest nieodrzućenie (niewykluczenie) pozostałych zaproszonych,
- 2) wskutek odwołania wykonawcy biorącego udział w aukcji i zarzutów co do jej przebiegu,
- 3) wskutek odwołania wykonawcy niezaproszonego do udziału w aukcji, zarzucającego niezasadne odrzucenie jego oferty, jeżeli zamawiający – zgodnie z art. 91b ust. 1 pzp – nie powiadamia go o odrzuceniu jego oferty już w momencie wystosowania zaproszenia (lub wskutek odwołania wykonawcy kwestionującego wybór najkorzystniejszej oferty).

Opisane ryzyko było mniejsze w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Artykuł 180 ust. 2 pzp w brzmieniu sprzed 29 stycznia 2010 r. stanowił bowiem, że środek odwoławczy (wówczas protest) wnosi się w terminie liczącym od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Jeżeli zatem wykonawca dowiedział się o fakcie niezaproszenia go do aukcji elektronicznej, już wówczas rozpoczynał bieg terminu na wniesienie protestu, co zmniejszało ryzyko, że jego zarzuty podniesione zostaną np. dopiero po zakończeniu już raz przeprowadzonego postępowania odwoławczego.

## **Zasady powiadamiania wykonawców**

Sposobem na zrationalizowanie postępowania jest powiadomienie przez

zamawiającego wykonawców niezaproszonych do udziału w aukcji o wykonawcach do niej zaproszonych już na etapie zaproszenia. Pozwala to wyłączyć ryzyko jednego, zbędnego etapu – postępowania odwoławczego już po rozstrzygnięciu aukcji elektronicznej. Działanie takie jest dopuszczalne, pomimo że nie przewidują go przepisy pzp. W przywoływanym wyroku z dnia 15 czerwca 2012 r. KIO podniosła, że „nieprzekazywanie informacji o odrzuceniu oferty już w momencie skierowania zaproszeń do udziału w aukcji stanowi ryzyko zamawiającego”. Stanem rekomendowanym jest zachowanie odmienne, które pozwala uniknąć ryzyka związanego z postępowaniem odwoławczym wszczętym, na wniosek niezaproszonego do aukcji wykonawcy, dopiero po jej rozstrzygnięciu.

Podkreślić należy, że informacja zamawiającego nie może ograniczać się do wskazania wykonawców, którzy zostali zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej, ale powinna zawierać uzasadnienie prawne i faktyczne o niezakwalifikowaniu do niej danego wykonawcy.

Aukcja elektroniczna z pewnością jest instytucją, która może przynieść zamawiającym określone korzyści. Jej zastosowanie może jednak doprowadzić w konkretnych okolicznościach do istotnego wydłużenia procedury udzielenia zamówienia publicznego. Dzieje się tak dlatego, że przy zastosowaniu aukcji nie dochodzi do jednoczesnego poinformowania wszystkich wykonawców o skutkach badania i oceny ofert, wobec czego terminy na zaskarżenie czynności zamawiającego rozpoczynają swój bieg w różnych momentach.

### **Podstawa prawna**

- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (DzU z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.)