

WYROK

z dnia 4 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2019 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2019 r. przez wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. z siedzibą w Bilbao, HIQE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1805/19 po stronie Zamawiającego,
2. wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1805/19 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 4 odwołania.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

## Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z elementami dokumentacji przedprojektowej z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 107 Nowy Zagórz - Łupków”, numer referencyjny: IREZA3b-216-03/19, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 maja 2019 r. pod numerem 2019/S 091-220801. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 18 września 2019 r. wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 91d ust. 2 w związku z art. 91b ust. 4 i 91c ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej, tj. z uwzględnieniem punktacji przyznanej w toku aukcji elektronicznej,
2. art. 91d ust. 2 oraz art. 91b ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie przez Zamawiającego samodzielnego przeliczenia punktów po zamknięciu aukcji i pominięcie podczas ponownego przeliczenia punktów ofert wykonawców, które zostały odrzucone dopiero po zakończeniu aukcji, co spowodowało zmianę rankingu ofert w stosunku do rankingu ustalonego podczas aukcji elektronicznej, a w konsekwencji - wybór, jako najkorzystniejszej, oferty, która po zamknięciu aukcji znalazła się dopiero na trzeciej pozycji, a pominięciu oferty Odwołującego, która znalazła się na pozycji drugiej,

ewentualnie

3. art. 91d ust. 2 Pzp w związku z art. 91b ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie powtórzenia aukcji elektronicznej mimo, że jej wyniki obarczone były wadą z uwagi na udział w aukcji wykonawców, których oferty następnie zostały odrzucone, co miało wpływ na ranking ofert w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą w świetle wyników aukcji;

oraz

4. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. z dnia 16 maja 2019 r.;

Dz.U. z 2019, poz. 1010; dalej: Uznk) przez zaniechanie ujawnienia całości oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. z siedzibą w Bilbao, HIQE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej Przystępujący IDOM), w tym dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, mimo że zastrzeżone przez Przystępującego IDOM informacje nie spełniały przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca ten nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej, czyli bez ponownego, samodzielnego przeliczania punktów przez Zamawiającego, a w konsekwencji uznania za najkorzystniejszą oferty, która w wyniku aukcji znalazła się na drugiej pozycji,

ewentualnie:

3. powtórzenia aukcji elektronicznej bez udziału wykonawców, których oferty zostały

odrzucone,

4. ujawnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy oraz dokumentów złożonych przez Przystępującego IDOM na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (wykazu wykonanych usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień, wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz informacji z banku, złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego).

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert (pkt 19.7 SIWZ):

1. Cena ofertowa brutto - 80%
2. Termin realizacji zamówienia - 20%

W postępowaniu złożonych zostało osiem ofert, żadna z nich nie została odrzucona - wszyscy wykonawcy zostali zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej. Przed przystąpieniem do aukcji ceny ofert i zaferowany termin realizacji zamówienia kształtowały się następująco:

1. Oferta nr 1 - Konsorcjum Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o. i KOLTECH INFRA Sp. z o.o.: Cena: 9 298 800,00 zł, termin realizacji: 983 dni;
2. Oferta nr 2 - Przystępujący IDOM: Cena: 9 928 560,00 zł, termin realizacji: 878 dni;
3. Oferta nr 3 - TPF Sp. z o.o.: Cena: 14 052 012,00 zł, termin realizacji: 1023 dni;
4. Oferta nr 4 - Konsorcjum WYG International Sp. z o.o. i WYG Consulting Sp. z o.o.: Cena: 10 769 117,40 zł, termin realizacji: 899 dni;
5. Oferta nr 5 - Konsorcjum Arcadis Sp. z o.o. i INFRA Centrum Doradztwa Sp. z o.o.: Cena: 12 915 000,00 zł, termin realizacji: 955 dni;
6. Oferta nr 6 - Voessing Polska Sp. z o.o. i NET Engineering S.P.A.: Cena: 13 111 800,00 zł, termin realizacji: 923 dni;
7. Oferta nr 7 - CE PROJECT GROUP Sp. z o.o.: Cena: 9 214 016,10 zł, termin realizacji: 920 dni;
8. Oferta nr 8 - Multiconsult Sp. z o.o.: Cena: 10 908 870,00 zł, termin realizacji: 840 dni.

Aukcja elektroniczna odbyła się w dniu 8 sierpnia 2019 r. wg zasad określonych w SIWZ. Zgodnie z tymi zasadami przeliczanie punktacji następować miało automatycznie w toku aukcji, a każdy wykonawca na bieżąco miał widzieć, którą pozycję w rankingu zajmuje jego oferta. Jednocześnie, po zakończeniu aukcji, jej wyniki w zakresie punktacji stawały się ostateczne.

Aukcja została zakończona zwycięstwem Konsorcjum WYG. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji. W świetle wyników aukcji:

- a. Konsorcjum WYG otrzymało łącznie w obu kryteriach 93,5519125683 pkt,
- b. Odwołujący - 29,2137320044 pkt,
- c. kolejny wykonawca - Przystępujący IDOM - 26,0744069510 pkt.

Ponieważ zwycięski wykonawca, Konsorcjum WYG, nie przedłużył terminu związania ofertą, Zamawiający winien, jako najkorzystniejszą, uznać ofertę Odwołującego, która w toku aukcji uplasowała się na drugiej pozycji. Tymczasem, Zamawiający, już po zamknięciu aukcji, dokonał nieuprawnionego, samodzielnego przeliczenia punktów, w wyniku którego ofertą najkorzystniejszą okazała się nie druga po aukcji oferta Odwołującego, lecz oferta, która po zamknięciu aukcji znalazła się dopiero na trzeciej pozycji, tj. oferta Przystępującego IDOM. Zgodnie z nową punktacją, wyliczoną przez Zamawiającego, oferta Odwołującego otrzymała 91,44 pkt, natomiast oferta Przystępującego IDOM 95,15 pkt. Zamawiający przy ponownym, samodzielnym przeliczeniu punktów, pominął ofertę pierwotnie

najkorzystniejszą, złożoną przez Konsorcjum WYG, gdyż wykonawca ten nie przedłużył terminu związania ofertą. Takie działanie Zamawiającego było nieuprawnione i sprzeczne z istotą postępowania prowadzonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

Istotą aukcji elektronicznej jest zasada, iż ocena ofert w toku aukcji jest dokonywana automatycznie, tj. bez ingerencji Zamawiającego i przy pełnej jawności pozycji w rankingu poszczególnych ofert wykonawców biorących udział w aukcji. Na takie zasady wskazują następujące przepisy ustawy Pzp:

1. Art. 91a ust. 3 Pzp zgodnie z którym kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zaproszeniu do aukcji elektronicznej, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej.
2. Art. 91b ust. 2 pkt 6 Pzp, który stanowi, iż klasyfikacja jest dokonywana z zastosowaniem formuły matematycznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości. Zgodnie z treścią art. 91b ust. 2a Pzp formuła matematyczna, o której mowa w ust. 2 pkt 6, musi uwzględniać wagę wszystkich kryteriów oceny ofert. Oznacza to, iż sposób oceny ofert w trakcie aukcji obejmuje wszystkie kryteria oceny ofert, czyli nie tylko te, w stosunku do których prowadzona jest aukcja, (tutaj: cena), ale i te, które zostały wskazane w ofertach i nie są objęte aukcją.
3. Art. 91c ust. 1 Pzp - 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. Powyższe stanowi kolejne potwierdzenie, że ocena i klasyfikacja odbywają się bez udziału Zamawiającego.
4. Art. 91c ust. 3 Pzp - w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Oznacza to, że wykonawcy, składając kolejne postąpienia, otrzymują informację na temat ogólnej pozycji swojej oferty w postępowaniu, a zatem mają realny wpływ na tę pozycję i wynik postępowania
5. Art. 91d ust. 2 Pzp, który stanowi, iż Zamawiający po zamknięciu aukcji wybiera najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej. Przepis ten jednoznacznie wskazuje, iż po przeprowadzeniu aukcji, Zamawiający nie dokonuje ponownej oceny ofert, lecz „wybiera” ofertę z uwzględnieniem wyników aukcji.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Odwołującego stwierdzić należało, że wynik aukcji zawierający ranking ofert, miał charakter wiążący. Ponowne, samodzielne przeliczenie przez Zamawiającego punktów już po zamknięciu aukcji było zatem nieuprawnione. Zamawiający naruszył nie tylko zasady przeprowadzania aukcji elektronicznej określone w SIWZ, lecz również we wskazanych powyżej przepisach Pzp, w tym w szczególności w art. 91d ust. 2 Pzp. Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej nie w oparciu o ranking ofert ustalony w wyniku aukcji elektronicznej, lecz po samodzielnym przeliczeniu punktów już po zakończeniu aukcji, w sytuacji, w której wykonawcy nie mogli już zmienić zaoferowanych cen, przeczyło samej istocie aukcji elektronicznej i jej podstawowej zasadzie polegającej na możliwości wpływania przez wykonawcę na pozycję swojej oferty w rankingu, na drodze składania postąpień, przy pełnej jawności pozycji, którą oferta zajmuje w chwili składania postąpienia. Fakt, że część wykonawców już po zamknięciu aukcji nie przedłużyło terminu związania ofertą (czego konsekwencją było odrzucenie ich ofert), nie mógł wpływać na zmianę punktacji ustalonej w toku aukcji, w sytuacji w której w chwili jej przeprowadzania żadna z ofert wykonawców biorących udział w aukcji, nie podlegała odrzuceniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezzasadnego zastrzeżenia treści dokumentów składanych na wezwanie, a także samego uzasadnienia zastrzeżenia tych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał:

Przystępujący IDOM nie wykazał zaistnienia przesłanek pozwalających na skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób zgodny z art. 8 ust. 3 Pzp. Zakres zastrzeżonych przez tego wykonawcę informacji, w szczególności utajnienie samego dokumentu zastrzeżenia (uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa), świadczył o działaniu nakierowanym nie na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ale na utrudnienie uczciwej konkurencji. Takie działanie nie powinno być przez Zamawiającego dopuszczone.

27 września 2019 r. Przystępujący IDOM złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Odnosząc się do zarzutów odwołania Przystępujący IDOM wskazał między innymi:

Brzmienie przepisów Pzp dotyczących aukcji elektronicznej wskazuje, że etap aukcji jest tylko jednym z kilku etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednak nie można go utożsamiać z etapem oceny i badania ofert.

Odwołujący założył, że „Zamawiający winien, jako najkorzystniejszą, uznać ofertę Odwołującego, która w toku aukcji uplasowała się na drugiej pozycji”. W odwołaniu nie wskazano jednak żadnej podstawy prawnej dla tego twierdzenia, gdyż nie istnieje przepis prawa, który pozwalałby Zamawiającemu zawrzeć umowę, czy też „uznać za najkorzystniejszą” ofertę z drugiej pozycji w sytuacji, w której oferta, której przyznano największą ilość punktów w wyniku aukcji elektronicznej, podlegała odrzuceniu. Zasadą Prawa zamówień publicznych jest, że Zamawiający może zawrzeć umowę tylko z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę — czyli uznaną za taką przez Zamawiającego na podstawie kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ w toku oceny i badania ofert. Pzp tylko w art. 94 ust. 3 przewiduje przypadek, kiedy Zamawiający może odstąpić od etapu oceny i badania ofert i uznać za najkorzystniejszą ofertę z miejsca drugiego. Ustawodawca wyraźnie przewidział w ww. przepisie sytuację, kiedy Zamawiający bez przeprowadzania ponownej oceny i badania ofert może wybrać ofertę najkorzystniejszą - gdy wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy lub też nie wnosi zabezpieczenia. Poza tym jedynym przypadkiem Pzp nie przewiduje innej sytuacji, w której Zamawiający mógłby odstąpić od etapu oceny i badania ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym zastosowanie rozwiązania postulowanego w odwołaniu - niejako „automatycznego” uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, bez przeprowadzenia etapu oceny i badania ofert, byłoby niedopuszczalne ze względu na brak odpowiedniej podstawy prawnej.

Odwołujący bezpodstawnie próbował nadać aukcji elektronicznej w ramach postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego takie samo znaczenie, jakie ma inny tryb postępowania — licytacja elektroniczna. W przypadku licytacji elektronicznej rzeczywiście jej wynik jest jednoznaczny z wyborem oferty. Wynika to jednak wprost z przepisu prawa — art. 80 ust. 2 Pzp.

Zamawiający 1 października 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzut nr 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk przez zaniechanie ujawnienia całości oferty złożonej przez Przystępującego IDOM.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, wskazując ponadto:

Przedmiotem sporu jest to czy Zamawiający po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej dysponował uprawnieniem do dokonywania czynności związanych z oceną ofert, w tym w szczególności aktualizacji tzw. rankingu oceny ofert. Ranking, ustalony w wyniku aukcji elektronicznej, został w toku postępowania przez Zamawiającego zaktualizowany w związku z okolicznościami, które miały miejsce w postępowaniu po przeprowadzeniu tej aukcji, tj. ze względu na konieczność odrzucenia części ofert z postępowania. Powyższa czynność skutkowała tym, że zmianie uległy wartości stanowiące podstawę do wyliczenia punktacji w ramach kryterium „Cena”. Zgodnie bowiem z pkt 19.7.1. IDW:

„W kryterium tym będzie oceniana Cena, przez którą należy rozumieć całkowite wynagrodzenie brutto Wykonawcy z tytułu realizacji umowy wg poniższego wzoru:

$X1 - Cn / Cb \times 100 \times Wkr$

gdzie: Wkr - waga Kryterium 1 [%],

X1 - liczba punktów (z uwzględnieniem wagi kryterium) w Kryterium 1,

Cn - najniższa oferowana całkowita cena brutto spośród ofert nieodrzuconych,

Cb - całkowita cena brutto badanej oferty”.

Określony w ww. sposób obliczenia punktacji w ramach cenowego kryterium oceny ofert zobowiązywał Zamawiającego do ponownego przeliczenia punktacji z uwagi na fakt, że w stosunku do czterech ofert złożonych w postępowaniu zaistniały przesłanki do ich odrzucenia, m.in. z art. 89 ust. 1 pkt 7 b Pzp.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że wynik aukcji zawierający ranking ofert miał charakter wiążący. Aukcja elektroniczna jest przeprowadzana w celu wyboru najkorzystniejszej oferty więc nieuzasadnione jest stawianie znaku równości pomiędzy czynnością przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym aukcja elektroniczna nie kreuje wiążącej hierarchii oceny ofert, tym bardziej, że w analizowanych okolicznościach faktycznych Zamawiający wyraźnie wskazał w SIWZ wzór na podstawie którego nastąpi przeliczenie punktów uzyskanych w toku akcji na późniejszy wynik klasyfikacji ofert. Odwołujący miał pełną świadomość uregulowanego w postępowaniu sposobu wyboru wykonawcy, tym samym niezasadne było kwestionowanie przez niego skutków zastosowania procedur określonych w SIWZ.

W toku posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej z udziałem stron Zamawiający oświadczył, że na skutek uwzględnienia zarzutu nr 4 odwołania, odtajnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy oraz dokumentów złożonych przez Przystępującego IDOM na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie poprzedzone unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przystępujący IDOM nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 4 odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzuty nr 1 i 2

Zgodnie z punktem 19.7 SIWZ kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu miały być:

1. Cena ofertowa brutto - waga 80 %,
2. Termin realizacji zamówienia - waga 20 %

Izba ustaliła, że w zakresie sposobu i kryteriów oceny ofert SIWZ zawierała następujące regulacje:

„19.6. Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które:

- a) zostaną złożone w terminie;
- b) nie zostaną odrzucone przez Zamawiającego; (...)

19.7.1. Punkty przyznawane za podane wyżej kryteria będą liczone według następujących wzorów:

Kryterium 1 - Cena

W kryterium tym będzie oceniana Cena, przez którą należy rozumieć całkowite wynagrodzenie brutto Wykonawcy z tytułu realizacji umowy wg poniższego wzoru:

$X1 = Cn/Cb \times 100 \times Wkr$   
gdzie:

Wkr — waga Kryterium 1 [%],

- X1 — liczba punktów (z uwzględnieniem wagi kryterium) w Kryterium 1,  
Cn — najniższa oferowana całkowita cena brutto spośród ofert nieodrzuconych,  
Cb — całkowita cena brutto badanej oferty.

Kryterium 2 - Termin realizacji zamówienia.

Ocena punktowa (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium Termin realizacji zamówienia zostanie dokonana według poniższego wzoru:

$TRZ... = TbZ.../TnZ... * 100 * Wkr$   
gdzie:

Wkr - waga Kryterium 2 [%],

TRZ - ilość punktów oferty badanej z uwzględnieniem wagi kryterium,

TbZ - suma dni, o który ulega skróceniu czas wykonania zamówienia, określony  
w § 5 ust. 1 pkt 2 a),

TnZ... - największa suma dni, spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu,  
o który został skrócony czas wykonania zamówienia, określony w § 5 ust. 1  
pkt 2 a).

(...)

Uwaga: przy obliczaniu ilości punktów oferty badanej (TRZ.) nie będą brane pod uwagę dane zawarte w ofertach odrzuconych.

Łączna suma punktów ze wszystkich kryteriów oceny ofert (z uwzględnieniem wag) zostanie obliczona wg wzoru:

$Sp = Co + T$   
gdzie:

Sp - łączna suma punktów,

Co - liczba punktów w kryterium Całkowita cena brutto,

T - liczba punktów w kryterium Termin realizacji zamówienia.

19.8. Za najkorzystniejszą uznana zostanie oferta niepodlegająca odrzuceniu z najwyższą liczbą punktów.

(.)

19.11.4. W toku aukcji elektronicznej parametrem licytowanym będzie - cena(.)

19.11.16. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmować przeliczenie każdorazowych postępień w kryterium Cena na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem liczby punktów przyznanych w kryterium Termin realizacji zamówienia”.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła następującą kolejność zdarzeń istotnych dla oceny zasadności odwołania:

1. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej ośmiu wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu.
2. Aukcja elektroniczna, podczas której licytowanym parametrem była cena, zgodnie z ww. postanowieniem SIWZ.
3. Wezwanie do wydłużenia terminu związania ofertami, jakie Zamawiający wysłał do wykonawców biorących udział w postępowaniu.
4. Odrzucenie ofert czterech wykonawców, którzy odmówili wydłużenia tego terminu.
5. Ocena pozostałych czterech ofert w sposób zgodny z określonymi w punkcie 19.7.1 SIWZ zasadami.
6. Wybór najkorzystniejszej oferty.

Powyższe działania Izba uznała za prawidłowe. Po odrzuceniu czterech z ośmiu ofert wykonawców, którzy wzięli udział w aukcji elektronicznej, Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zgodny z przepisami Pzp oraz postanowieniami SIWZ. O ile w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej każda z ocenianych ofert otrzymała określoną liczbę punktów, to w SIWZ brak jest regulacji wskazujących w sposób bezpośredni lub pośredni, by punktacja ta była wiążąca dla Zamawiającego na etapie oceny ofert. Zgodnie z przytoczonym wyżej punktem 19.7.1 SIWZ ocenie w ramach kryterium nr 1 podlegać miały ceny ofert. Przeprowadzona przez Zamawiającego aukcja elektroniczna miała na celu obniżenie tych cen, nie służyła zaś ustaleniu jakiegokolwiek punktacji.

Zgodnie z zawiadomieniem z 5 września 2019 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferta Przystępującego IDOM otrzymała w kryterium nr 1 - cena brutto: 8 135 000,00 złotych - 79,30 pkt, a w kryterium nr 2 - termin wykonania dokumentacji (etapy 1—14 ujęte w HRF): 878 dni od dnia rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy — 15,85 pkt. Łączna liczba punktów wyniosła 95,15 pkt. Oferta Odwołującego otrzymała w kryterium nr 1 - cena brutto: 9 030 000,00 złotych - 71,44 pkt, a w kryterium nr 2 - termin wykonania dokumentacji (etapy 1—14 ujęte w HRF): 840 dni od dnia rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy — 20 pkt. Łączna liczba punktów wyniosła 91,44 pkt. W konsekwencji jako najkorzystniejszą Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego IDOM.

Zgodnie z art. 91d ust. 2 Pzp zamawiający po zamknięciu aukcji wybiera najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej. W ocenie Izby Zamawiający zastosował się do dyspozycji tego przepisu. Ocena ofert w ramach kryterium nr 1 (cena) uwzględniła wynik aukcji elektronicznej, tj. ceny jakie wykonawcy zaoferowali Zamawiającemu w toku tej aukcji. Takie rozumienie dyspozycji art. 91d ust. 2 Pzp jest prawidłowe - aukcja elektroniczna nie jest samodzielnym trybem postępowania i nie służy ustaleniu wiążącej Zamawiającego punktacji - wiążące dla Zamawiającego są natomiast ustalone na skutek aukcji licytowane parametry ofert. To one są wynikiem aukcji.

Wobec powyższego Izba uznała oba zarzuty nr 1 i 2 odwołania za niezasadne.

### Zarzut nr 3

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów nr 1 i 2 oddaleniu podlegał również zarzut nr 3. Izba nie stwierdziła żadnych nieprawidłowości, które mogłyby obligować Zamawiającego do powtórzenia aukcji elektronicznej. Ponadto Odwołujący nie uzasadnił, ani nie udowodnił zarzutu nr 3. Z tego względu, na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp zarzut ten został oddalony.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).