

WYROK
z dnia 22 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek Protokolant: Aldona

Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2020r. przez **Energoplus Sp. z o.o., Baranowo, ul. Nowina 2A, 62-081 Przeźmierowo** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin**.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ENERGO ZET Sp. z o.o.; PHU NINA, M., ul. Zacisze 10/4, 82-300 Elbląg** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Energoplus Sp. z o.o., Baranowo, ul. Nowina 2A, 62-081 Przeźmierowo i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Energoplus Sp. z o.o., Baranowo, ul. Nowina 2A, 62-081 Przeźmierowo tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Lublinie**.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Dystrybucja S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usługi odczytu układów pomiarowo- rozliczeniowych na obszarze działania PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok - 3 zadania. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 kwietnia 2020r. pod poz. 173163-2020-PL.

W dniu 26.06.2020r. Odwołujący - Energoplus Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania stosowania w toku aukcji przepisu art. 91 c ust. 3 Pzp oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 2 z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający ustalił dwa kryteria oceny ofert: cena -95% oraz minimalny poziom wykonania usługi (wskaźnik skuteczności odczytów). Podniósł, że Zamawiający w toku aukcji nie podawał aktualnej łącznej liczby punktów za oba kryteria, lecz tylko za kryterium ceny, czym wprowadził Odwołującego w błąd. Odwołujący, otrzymawszy informację o pierwszej pozycji jego oferty, nie dokonywał dalszych postępień, będąc przekonany, że podawana punktacja jest punktacją łączną z obu kryteriów. Wynika to z treści informacji o rozstrzygnięciu, gdzie w każdym z trzech zadań Odwołujący posiada maksymalną liczbę punktów za kryterium ceny 95 pkt, co oznacza, że jego oferta była najkorzystniejsza cenowo, lecz była wskazywana przez zamawiającego bez uwzględnienia dodatkowych punktów za

drugie kryterium.

W zakresie zadania nr 2 Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie uwzględnił punktacji za drugie kryterium, w którym Odwołujący otrzymał 3 punkty, czym naruszył art. 91 ust. 1 Pzp. W zadaniu nr 2 Odwołujący otrzymał 95 pkt za kryterium cena, a zatem jego łączna punktacja powinna wynosić 98 pkt (95+3). Oferta wykonawcy byłaby wówczas najwyższą razem z Energo-Zet Sp. z o.o. i w takim przypadku zastosowanie mieć powinno postanowienie, stosownie do którego w razie jednakowych cen ofert Zamawiający uzna za najkorzystniejszą ofertę tego wykonawcy, który zaoferował ją jako pierwszy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie postępowania we wszystkich zadaniach albo unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w toku postępowania na zad. 2 i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Izba oddaliła wnioski Zamawiającego, zgłoszone w toku posiedzenia o odrzucenie odwołania, jako wniesionego z uchybieniem terminu. Zdaniem Izby, termin na wniesienie odwołania na czynności i zaniechania dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej, która miała miejsce dnia 3.06.2020r. należy liczyć od dnia przekazania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, co miało miejsce dnia 18.06.2020r. Tego bowiem dnia Zamawiający zaakceptował wyniki aukcji i ostatecznie uznał, że aukcja została przeprowadzona w sposób prawidłowy.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Interes Odwołującego w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej sprowadza się do tego, że ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania dotyczących oferty daje Odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert: cena brutto - waga 95% to jest 95 pkt, deklarowany minimalny poziom wykonania usługi (wskaźnik skuteczności odczytów) - waga 5% to jest 5 pkt. Wskaźnik odczytów w wysokości nie mniej niż 95%, nie więcej niż 100% przy czym: nie mniej niż 95% - 0pkt, nie mniej niż 96% - 3 pkt, nie mniej niż 97% - 5pkt.

Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów uzyskaną wg wzoru C+B

W pkt IV .1.6 Ogłoszenia Zamawiający podał, że przeprowadzi aukcję elektroniczną na warunkach określonych w rozdz. XXI SIWZ.

W rozdz. 17 SIWZ Zamawiający przewidział, że w celu wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli złożono co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu.

W pkt 21.5 SIWZ Zamawiający poinformował, że parametrem licytowanym w aukcji elektronicznej będzie cena (wartość oferty brutto).

W pkt 21.8.7 SIWZ Zamawiający podał, że w trakcie aukcji elektronicznej system na bieżąco udostępnia wszystkim wykonawcom informacje o pozycji złożonych przez nich ofert, otrzymanej punktacji oraz punktacji oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 15.05.2020r. przekazał wykonawcom informację z otwarcia ofert, otwarcie ofert było publiczne z wykorzystaniem środków komunikacji na odległość. (z uwagi na zagrożenie epidemiczne).

W dniu 29.05.2020r. Zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenia do aukcji elektronicznej. W zaproszeniach

wskazał, że aukcja będzie odbywać się wg reguły zniżkowej, co oznacza, że każda następna oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie miała wartość niższą od wartości oferty uprzednio złożonej przez wykonawcę. Parametrem licytowanym podczas aukcji jest cena brutto oferty. Oferty złożone w toku aukcji elektronicznej będą oceniane zgodnie z algorytmem: cena najkorzystniejszej oferty/ cena oferty rozpatrywanej x 95 pkt. Zamawiający poinformował, że do punktacji otrzymanej przy użyciu wzoru zostaną dodane punkty, które zostały przyznane ofercie wykonawcy za kryterium deklarowanego minimalnego poziomu wykonania usługi na podstawie pierwotnie złożonej oferty.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Izba oddaliła zarzut dotyczący niewłaściwego przebiegu aukcji elektronicznej podczas której, jak wskazywał Odwołujący, nie podawano aktualnej łącznej liczby punktów za oba kryteria oceny ofert, co wprowadziło Odwołującego w błąd co do pozycji jego oferty w rankingu oceny ofert.

Aukcja elektroniczna, w przeciwieństwie do licytacji elektronicznej, nie jest odrębnym trybem udzielenia zamówienia publicznego a jedynie sposobem wyboru oferty najkorzystniejszej tzw. dogrywką i jest ona poprzedzona procedurą prowadzoną w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego bądź negocjacji z ogłoszeniem.

Zamawiający ustalił w zaproszeniu do aukcji elektronicznej, jak również w SIWZ, że jedynym parametrem licytowanym w toku aukcji będzie cena. Z tych względów w toku aukcji Zamawiający podawał na bieżąco wykonawcom informację dotyczącą przyznanej punktacji i rankingu, uwzględniając wyłącznie parametr podlegający licytacji tj. cenę. Zamawiający w SIWZ podał także, że po zamknięciu aukcji dokona wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o oba kryteria oceny ofert określone w SIWZ z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej.

Ponadto już w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej poinformował, że do punktacji otrzymanej przy użyciu wzoru, który podał do obliczenia kryterium cena, doda punkty, które zostały przyznane ofercie wykonawcy za kryterium deklarowanego minimalnego poziomu wykonania usługi.

W ocenie Izby, przebieg aukcji elektronicznej w tym postępowaniu był zgodny z warunkami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i zaproszeniu do udziału w aukcji. Skoro Zamawiający ustalił, że jedynym licytowanym parametrem jest cena oferty to w sposób prawidłowy nie uwzględniał w podawanej na bieżąco w toku aukcji informacji punktacji i rankingu ofert za drugie kryterium, które nie podlegało licytacji. Z wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego w toku rozprawy wynika, że informacja o przyznanej wykonawcom punktacji w kryterium deklarowanego minimalnego poziomu wykonania usługi była znana Odwołującemu od dnia publicznego otwarcia ofert, podczas którego Zamawiający poinformował o wszystkich istotnych elementach ofert, w tym o deklarowanym przez wykonawców minimalnym poziomie wykonania usługi. Zdaniem Izby, wykonawca, dokładając należytej staranności winien w toku aukcji elektronicznej, dokonując kolejnych postąpień w zakresie ceny oferty, uwzględnić złożone przez wykonawców deklaracje co do minimalnego poziomu usługi, które było drugim kryterium oceny ofert.

W zakresie braku uwzględnienia w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 29.05.2020r. w zdaniu nr 2 - 3 pkt za zadeklarowany przez Odwołującego minimalny poziom wykonania usługi, Izba stwierdziła, że istotnie doszło do takiej omyłki. W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 2 Zamawiający w sposób błędny przyznał ofercie Odwołującego 95 pkt w kryterium cena, podczas gdy to oferta konsorcjum Energo- Zet sp. z o.o. była ofertą najkorzystniejszą w tym kryterium, a Odwołujący winien otrzymać 94,997055 pkt. Ponadto Zamawiający w zadaniu nr 2 nie uwzględnił przy łącznej punktacji 3 punktów z drugiego kryterium oceny ofert.

Izba oceniła, że wykazana omyłka nie miała jednak wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum Energo-Zet Sp. z o.o. Ponadto Zamawiający w dniu 3.07.2020r. dokonał sprostowania omyłki podanej w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze brak wpływu wykazanej omyłki na wynik postępowania, Izba, działając na podstawie art. 191 ust.2 Pzp oddaliła odwołanie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w

postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący.