

sygn. akt: KIO 130/21

**WYROK**  
z dnia 11 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex S.A. (lider) oraz KZN Rail sp. z o.o. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Podkarpackie w Rzeszowie, Al. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Inżynieria Rzeszów S.A. (lider) oraz Przedsiębiorstwo „Agat” S.A. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex S.A. (lider) oraz KZN Rail sp. z o.o. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex S.A. (lider) oraz KZN Rail sp. z o.o. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**, 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 2019 r. poz. 2019) 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 130/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Podkarpackie w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Budowa Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej - PKA Zakup taboru wraz z budową zaplecza technicznego” - Budowa punktu obsługi technicznej wraz z zapleczem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 lipca 2020 r., pod nr 2020/S 147-360720.

Dnia 29 grudnia 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 8 stycznia 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. (lider) oraz KZN Rail sp. z o.o. (partner) (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 91a ust 3 w zw. z art. 91c ust 1 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnioną ingerencję zamawiającego w automatyczną ocenę oferty odwołującego dokonaną w ramach przeprowadzonej aukcji elektronicznej i pominięcie postąpienia złożonego przez odwołującego w dniu 19 listopada 2020 r. o godzinie 13:01:47

o wartości 147 800,00 zł, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego uznania oferty konsorcjum Inżynieria Rzeszów za ofertę najkorzystniejszą,

2.art. 91b ust 2 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie respektowania elementów znajdujących się w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej dotyczących sposobu oceny ofert w toku przeprowadzenia dogrywki i w konsekwencji uznanie oferty konsorcjum Inżynieria Rzeszów za ofertę najkorzystniejszą,

3.art. 91c ust. 4 w zw. z art. 91d ust. 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie,

że jedynie pierwsze postąpienie odwołującego złożone w ramach „dogrywki” w dniu 19 listopada 2020 r. o godzinie 12:56:56 o wartości 149.800.000,00 zł jest postąpieniem wiążącym, chociaż odwołujący złożył kolejne, ważne postąpienie

o godzinie 13:01:47, a w konsekwencji oparcie wyników postępowania na nieuprawnionym założeniu, że pierwsze postąpienie („oferta”) może stanowić podstawę określenia zobowiązań wykonawcy, pomimo, że oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim odwołujący złożył korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej,

4.art. 91d ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie uwzględnienia wyników aukcji elektronicznej, zgodnie z którymi zwycięzcą aukcji został odwołujący, który w konsekwencji w ramach czynności wyboru oferty najkorzystniejszej powinien zostać sklasyfikowany na pozycji nr 1 z pełną liczbą przyznanych punktów, tj. 100 pkt,

5.art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak sporządzenia uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności przyznania odwołującemu 59,20 punktów w kryterium oceny ofert „Cena 60%”, w konsekwencji czego odwołujący nie otrzymał informacji o podstawach takiego przeliczenia punktów i braku respektowania przez zamawiającego ustalonych wyników aukcji elektronicznej, co powoduje niemożliwość ustalenia z jakich względów i w oparciu o jakie przepisy ustawy Pzp, zamawiający zdecydował o nie respektowaniu wyników przeprowadzonej aukcji elektronicznej, nie dając podstaw do jednoznacznego ustalenia jaką wartość zamawiający wziął za podstawę obliczenia punktacji przysługującej odwołującemu,

6.art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie dokonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,

7.art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażające się m.in.:

a) w braku uzasadnienia przez zamawiającego w piśmie z dnia 29 grudnia 2020 r. „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty” czynności przyznania odwołującemu 59,20 punktów,

- b) dokonaniu przez zamawiającego dowolnej oceny postąpienia odwołującego, które należy uznać za ostateczną ofertę odwołującego i na tej podstawie przyznać odwołującemu punkty w kryterium „Cena”,
- c) w zaniechaniu uwzględnienia wyników aukcji elektronicznej wygenerowanych przez platformę aukcyjną UZP, jednoznacznie wskazujących jako zwycięzcę aukcji odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum Inżynieria Rzeszów i powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) nakazanie zamawiającemu respektowania wyniku aukcji elektronicznej przeprowadzonej na platformie aukcji elektronicznych Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym najkorzystniejsze postąpienie złożył odwołujący w dniu 19 listopada 2020 r. o godzinie 13:01:47 o wartości 147.800.000,00 zł,
- 4) nakazanie zamawiającemu wyboru, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, alternatywnie, w przypadku jeśli Izba uzna za niezasadne wnioski sformułowane powyżej w pkt 3) - 4), odwołujący wniósł o:
- 6) unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 19 listopada 2020 r. w godzinach 11:00 - 13:01:47 i przeprowadzenie jej ponownie po przekazaniu wykonawcom jednoznacznej informacji o zasadach jej prowadzenia w zakresie dogrywki i spójnym z tą informacją skonfigurowaniu funkcjonalności platformy aukcyjnej, alternatywnie, odwołujący wniósł:
- 7) na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z faktem, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się zamawiający. Oferta odwołującego uzyskała w kryterium ceny, zgodnie z wyliczeniem zamawiającego przedstawionym w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty 59,20 pkt i w związku z tym została sklasyfikowana na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu. Oferta konsorcjum Inżynieria Rzeszów została natomiast sklasyfikowana na pierwszej pozycji z punktacją na poziomie 60 pkt w kryterium „Cena”. Powyższe obrazuje, iż na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, odwołujący, który złożył korzystniejsze postąpienie od postąpienia złożonego przez konsorcjum Inżynieria Rzeszów w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej zgodnie z zasadami wyrażonymi w zaproszeniu do udziału w aukcji, pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący ma szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymoganiom określonym w ustawie Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający, przekazując wykonawcom informacje w zakresie określonym w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne dla poszczególnych dokonanych czynności. W informacji tej powinny być zatem wskazane okoliczności faktyczne i podstawa prawna dokonanych czynności, uzasadniające prawidłowość ich podjęcia. Wypełnienie tego obowiązku ma istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji ogólnych zasad prowadzenia postępowania, w szczególności zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale również prawa do korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych podjętych czynności warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak).

Przekładając powyższe na grunt przedmiotowego postępowania odwołujący podniósł, że zamawiający przekazując wykonawcom, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i informując o uznaniu za najkorzystniejszą ofertę konsorcjum Inżynieria Rzeszów pominął w swojej ocenie i punktacji ostatnie postąpienie złożone przez odwołującego o godzinie 13:01:47 o wartości 147.800.000,00 zł, nie uzasadniając jednak w żaden sposób z jakiej przyczyny i na jakiej podstawie prawnej na takie działanie się zdecydował. Czynności tej dokonał wbrew informacjom wygenerowanym automatycznie przez system platformy aukcji elektronicznych UZP, zgodnie z którymi:

a) odwołujący został zwycięzcą aukcji przeprowadzonej w dniu 19 listopada 2020 r. na skutek złożenia najkorzystniejszego postąpienia o wartości 147.800.000,00 zł o godzinie 13:01:47, a więc w terminie zakreślonym w treści zaproszenia jako czas dogrywki i w obliczu braku kolejnych postąpień złożonych przez wykonawców konkurencyjnych, oraz

b) odwołujący jako zwycięzca aukcji otrzymał sumaryczną ilość 100 pkt, w tym 60 pkt w kryterium „Cena”.

Informacje przedstawione w treści decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, ograniczające się wyłącznie do liczby punktów przyznanych poszczególnym wykonawcom w poszczególnych kryteriach, utrudniają jednoznaczne ustalenie, jaką wartość jako wartość oferty najkorzystniejszej przyjął zamawiający i z jakich przyczyn. Bazując na przekazanych w treści tego dokumentu informacjach, odwołujący przyjął, że:

-nie zostało przez zamawiającego uwzględnione postąpienie odwołującego z godziny 13:01:47 opiewające na kwotę 147.800.000,00 zł (okoliczność bezsporna - w sytuacji bowiem jego uwzględnienia to oferta odwołującego stałaby się ofertą najkorzystniejszą);

-jako cenę najkorzystniejszej oferty przyjęto wartość 149.790.000,00 zł zaofertowaną przez konsorcjum Inżynieria Rzeszów w trakcie tzw. dogrywki (informacja wyprowadzana z faktu ilości punktów przyznanych wykonawcy TRACK TEC Construction Sp. z o.o.);

-jako wartość oferty wiążącej odwołującego przyjęto wartość pierwszego postąpienia dokonanego w ramach tzw.

dogrywki opiewającego na kwotę 149.800.000,00 zł (informacja wyprowadzana w drodze analogii z przyjętej ceny wykonawcy konsorcjum Inżynieria Rzeszów i ze zbliżonej wartości punktowej, którą w takiej sytuacji winien uzyskać odwołujący w stosunku do określonej w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, która jest wartością „niepasującą” do żadnego z postępowań dokonanych przez odwołującego).

Odwołujący domniemuje, choć nie zostało to wprost wyrażone przez zamawiającego w treści przekazywanych informacji i pism do wykonawców składających oferty w postępowaniu, że zamawiający kierował się w swoim działaniu postanowieniami zawartymi w treści s.i.w.z., w rozdziale XIV: „Aukcja elektroniczna”, ust. 16-18, zgodnie z którymi:

*„16. Aukcja zostanie zamknięta jeżeli w jej trakcie przez 10 minut nie zostanie złożone żadne nowe postąpienie. Bieg terminu rozpocznie się wraz z otwarciem aukcji.*

*17. W sytuacji, gdy w chwili zamknięcia aukcji dwie oferty uzyskają jednakową liczbę punktów, Zamawiający przewiduje możliwość przedłużenia aukcji, w celu przeprowadzenia dogrywki.*

*18. W toku dogrywki Wykonawcy mają możliwość złożenia po jednym postąpieniu, czas trwania dogrywki będzie wynosił 10 minut”.*

Odwołujący zwrócił uwagę i podkreślił, że systemowo platforma aukcji elektronicznych Urzędu Zamówień Publicznych nie przewiduje możliwości zastosowania jednocześnie dwóch parametrów/możliwości działania dostępnych dla wykonawców biorących udział w aukcji co do czasu jej zamknięcia w toku tzw. dogrywki (tj. zastosowania w ramach dogrywki jednocześnie parametru „jednego postąpienia” oraz „czasu trwania dogrywki”). Zamawiający ustawiający na platformie parametry przygotowywanej przez siebie aukcji zmuszeni są dokonać wyboru: albo decydują się na dopuszczenie ograniczenia czasowego (w tym przypadku 10 minut trwania aukcji), albo decydują się na ograniczenie postąpień w ramach dogrywki do jednego tylko postąpienia, co w systemie platformy aukcyjnej UZP określane jest jako funkcjonalność „oferta dodatkowa”. Jest to rozwiązanie logiczne, ponieważ *de facto* gdyby dopuścić w ramach dogrywki oba omawiane parametry, w rzeczywistości wygramy byłby zawsze wykonawca, który w ciągu wyznaczonych 10 minut jest w stanie najdłużej „wyczekać” ze złożeniem swojego postąpienia tak, aby być tym ostatnim, który złoży swoje jedno postąpienie. Gdyby jednak zamawiającemu rzeczywiście chodziło o dopuszczenie takiego rozstrzygnięcia aukcji, liczyłby się jedynie refleks osób składających za wykonawców kolejne postąpienia: złożenie postąpienia w ostatniej sekundzie przewidzianego 10-minutowego zakresu gwarantowałoby wygranie aukcji, ale nie miałyby wiele wspólnego z naczelnymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: uczciwej konkurencji i równości wykonawców w ramach uczestnictwa w procedurach przetargowych, stąd trudno przyjąć, iż właśnie tak należałoby interpretować zamierzenia zamawiającego. Sytuacja dotycząca konieczności zorganizowania dogrywki w przypadku złożenia przez dwóch lub więcej wykonawców w postępowaniu postąpień tej samej wartości, została opisana w publikacji pt. „Aukcja elektroniczna. Praktyczny poradnik dla użytkowników Platformy Aukcji Elektronicznej UZP” (autor: Mateusz Szymczak) przygotowanej przez Urząd Zamówień Publicznych, zgodnie z którą: *„Dodatkowo, niezależnie od tego, jaki sposób zamknięcia aukcji wybierzesz, masz możliwość zastosowania rozwiązania umożliwiającego przedłużenie aukcji na wypadek, gdyby dwie lub większa liczba ofert otrzymały jednakową i jednocześnie najwyższą wartość punktową. W tej sytuacji możesz postanowić że: 1) Aukcja zostanie przedłużona o określoną liczbę minut 2) Wykonawcy będą mieli możliwość złożyć po jednym postąpieniu”*. Jak wynika z powyższego opracowania, jego autor możliwości działania dotyczące momentu zamknięcia aukcji elektronicznej w sytuacji wystąpienia tzw. dogrywki potraktował w sposób rozłączny - definiując je poprzez dwie odrębne, niezależne od siebie i nie połączone spójnikiem funkcjonalności działania platformy aukcyjnej.

Zamawiający wybierając zatem parametry swojej aukcji, zgodnie z zasadami działania platformy aukcyjnej UZP, miał możliwość wyboru (w przypadku konieczności zrealizowania dogrywki) spośród dwóch parametrów: 1) przedłużenia o określoną liczbę minut albo 2) dopuszczenia złożenia tylko jednego postąpienia w ramach dogrywki (określanego przez platformę aukcyjną jako złożenie oferty dodatkowej). Wykluczone natomiast (ze względu na funkcjonalność platformy) było jednoczesne zastosowanie obu tych kryteriów, co zamawiający miał możliwość zweryfikować dokonując ustawień planowanej przez siebie aukcji w ramach postępowania. Platforma aukcji elektronicznych UZP nie dopuszcza możliwości wyboru obu opcji, można zaznaczyć tylko jedno „okienko” przy kalibrowaniu funkcjonalności każdej aukcji przeprowadzanej na tej platformie aukcyjnej. Zgodnie z tą kalibracją następnie kierowane są do wykonawców zaproszenia do udziału w danej aukcji.

Podstawowe informacje dotyczące sposobu przeprowadzenia dogrywki w aukcji elektronicznej zostały sformułowane właśnie w zaproszeniu do aukcji elektronicznej przesłanym automatycznie przez system do każdego wykonawcy składającego ofertę

w postępowaniu. Działanie takie jest zresztą zgodne z art. 91 b ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *„W zaproszeniu, o którym mowa w ust 1, zamawiający informują wykonawców o: 1) pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji; 2) minimalnych wartościach postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej; 3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej; 4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej; 5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej; 6) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości; 7) harmonogramie dla każdego etapu aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający zamierza zamknąć aukcję elektroniczną na podstawie art. 91e zamknięcie aukcji elektronicznej pkt 3.”*

Wykonawcy zaproszeni do udziału w aukcji musieli się wobec tego kierować tym, co zostało wskazane w treści zaproszenia, ponieważ po pierwsze, zaproszenie skonfigurowane jest z parametrami wybranymi przez zamawiającego przy tworzeniu aukcji elektronicznej, zgodnie z funkcjonalnościami systemu, a więc gwarantuje kompatybilność zaproszenia z wymaganiami platformy aukcyjnej, a po drugie - zaproszenie jest dokumentem, który niejako wyznacza scenariusz postępowania, którym wykonawcy muszą się kierować, aby możliwe było wybranie najkorzystniejszej oferty spośród ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji,

w okolicznościach niniejszej sprawy, wobec dychotomii zasad prowadzenia dogrywki określonych za pośrednictwem funkcjonalności platformy UZP (albo parametr „jednego postąpienia” albo parametr „czasu aukcji”). Zamawiający kalibrując ustawienia aukcji

(a w konsekwencji ustalając treść zaproszenia do udziału w aukcji) - dokonał doprecyzowania tego, jakie zasady obowiązywać będą podczas prowadzenia dogrywki - wskazując na parametr czasu (bezwzględny czas 10 min). Co za tym idzie, zgodnie

z ustawionymi przez zamawiającego parametrami aukcji, wyrażonymi w treści zaproszenia do wzięcia w niej udziału, to odwołujący złożył zwycięską ofertę, której należało przyznać 60 pkt. w ramach kryterium „Cena”. To odwołujący w

przewidzianym - 10 minutowym czasie dogrywki - złożył bowiem korzystniejsze postąpienie (postąpienie nr 2 z dogrywki z godziny 13:01:47 na kwotę 147.800.000 zł). Zamawiający powinien być wobec tego zgodnie z przepisami ustawy Pzp uwzględnić wyniki aukcji elektronicznej, a nie ingerować w nie w sposób niedozwolony, po zamknięciu aukcji arbitralnie decydując o uwzględnieniu innego niż ostatecznie (poprawnie zarejestrowane przez system aukcyjny) postąpienie odwołującego, uznając za najkorzystniejszą ofertę o blisko 2 miliony droższą od oferty istotnie najkorzystniejszej. Tą sytuację reguluje wprost treść art. 91d ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym „Zamawiający po zamknięciu aukcji wybiera najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej.”.

Na takim stanowisku stanęła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2019 r. (sygn. akt KIO 1805/19), zgodnie z którym „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 zaofertowali 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”. Co istotne, w ramach stanu faktycznego, na kanwie którego wydany został ww. wyrok, stwierdzić należy, że Izba uznała, że o ile następcze okoliczności niezwiązane bezpośrednio z aukcją, takie jak badanie rażąco niskiej ceny czy przedłużenie ważności złożonej oferty mogą zmienić wynik postępowania w stosunku do informacji z zamknięcia aukcji, o tyle same parametry oferty wygenerowane w momencie zamknięcia aukcji nie mogą ulec zmianie, w tym zwłaszcza nie mogłyby być modyfikowane samodzielnie przez samego zamawiającego. Ergo - jeśli żadne nowe okoliczności po zamknięciu aukcji nie nastąpiły, to zamawiający nie ma jakichkolwiek podstaw do uznania, iż najkorzystniejszą jest inna oferta niż ustalona na skutek przeprowadzonej skutecznie i pozostającej w obrocie aukcji elektronicznej.

Podsumowując z treści art. 91 d ust. 2 ustawy Pzp wynika jednoznacznie, że zamawiający po zamknięciu aukcji wybiera najkorzystniejszą ofertę z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej - co za tym idzie, wyniki wykreowane przez system nie są co prawda równoznaczne z wyborem danej oferty jako najkorzystniejszej, ale tymi wynikami zamawiający jest związany, a wybór innej oferty mógłby być uzasadniony tylko wystąpieniem okoliczności następczych nie dotyczących parametrów automatycznie ustalonych poprzez system aukcyjny, które w przedmiotowej sprawie nie wystąpiły. Taka konstatacja jest zresztą jedyną możliwą do wdrożenia na gruncie ustawy Pzp, zgodnie z którą celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp) - a więc oferty, która przedstawia najkorzystniejszy z perspektywy zamawiającego i ustalonych przez niego kryteriów oceny ofert bilans ceny i kryteriów pozacenowych. W przedmiotowym przypadku, przy identycznej deklaracji odwołującego

i konsorcjum Inżynieria Rzeszów dotyczącej długości okresu gwarancji, zamawiający zdecydował natomiast o wyborze oferty z ceną 149 790 000,00 zł, pomimo skutecznie złożonej oferty odwołującego opiewającej na kwotę 147.800.000,00 zł. Wybór zamawiającego w oczywisty więc sposób nie wskazuje na ofertę istotnie najkorzystniejszą - przy takich samych deklaracjach „jakościowych”. Zamawiający dąży bowiem do wyboru oferty droższej o blisko 2 miliony, co dodatkowo poddaje w wątpliwość racjonalność wydatkowania środków publicznych.

Dodatkowo i w uzupełnieniu powyższej argumentacji odwołujący wskazuje też, że zgodnie z brzmieniem art. 91 c ust. 4 ustawy Pzp „Oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu”. Tożsame postanowienie zamawiający przedstawił zresztą bezpośrednio w ramach rozdziału XIV pkt 22 s.i.w.z., dając wyraz swojej świadomości

o konieczności przestrzegania tej bezwzględnej reguły charakteryzującej postąpienia dokonywane w toku aukcji elektronicznej. Co za tym idzie, zamawiający nie może „skreślić” korzystniejszego postąpienia wykonawcy, uznać je za niebyłe czy niewiążące, o tyle, że poprzednie postąpienie już w obrocie w ogóle nie istnieje z chwilą, w której system „dopuszcil” korzystniejsze postąpienie tego samego wykonawcy. Przekładając to na grunt niniejszej sprawy - zamawiający nie może „wybierać”, którą z „ofert” złożonych przez odwołującego uzna za wiążącą dla celów ustalenia wyników postępowania, skoro odwołujący wobec ostatecznie dokonanej przez niego postąpienia jedynie tą „ofertą” w postępowaniu jest związany. Wszelkie inne działania zamawiającego powinno zostać uznane za nieuprawnioną ingerencję w wyniki prowadzonej aukcji.

Odwołujący z ostrożności wskazał, że w przypadku, gdyby Izba uznała za niezasadne wnioski odwołującego sformułowane w pkt 3) - 4) petitum odwołania, zmierzające do respektowania wyników aukcji z dnia 19 listopada 2020 r. ustalonych przez system aukcyjny, aukcja winna zostać unieważniona i ponownie przeprowadzona w oparciu o taką kalibrację systemu aukcyjnego i skorelowane z nią zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, które zgodnie z intencją zamawiającego miałyby zostać przełożone na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Zdaniem odwołującego, zamawiający w sposób precyzyjny

i jednoznaczny ustalił co prawda w ramach przedmiotowego postępowania (poprzez wybór odpowiedniego „okienka” w toku ustawień planowanej aukcji na platformie aukcyjnej i skorelowane z nim zaproszenie do udziału w aukcji), iż ustala zasady zamknięcia aukcji po przeprowadzeniu dogrywki w oparciu o parametr „czasu” niemniej w sytuacji uznania przez Izbę, iż takie działanie zamawiającego stanowiło o jakiegokolwiek niespójności czy niejednoznaczności, a zamawiający winien zdecydować się na parametr „jednego postąpienia” (nazywanego przez system „ofertą dodatkową”) i w oparciu o niego ustalać wynik postępowania, to aukcja winna zostać ponownie przeprowadzona w oparciu o takie ustawienia funkcjonalności platformy aukcyjnej. Niewątpliwym jest bowiem, iż na obecnym etapie postępowania niemożliwym byłby wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o inną parametryzację niż zastosowana przez system aukcyjny.

Jednocześnie z daleko posuniętej ostrożności, uwzględniając przypadek, gdyby Izba uznała, że zgłoszone powyższej wnioski są niezasadne, odwołujący wniósł na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, o unieważnienie postępowania w związku z faktem,

że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wyrażającą się w braku możliwości wiążącego porównania złożonych przez odwołującego i wykonawcę, tj. konsorcjum Inżynieria Rzeszów ofert, połączoną z brakiem możliwości takiego przeprowadzenia aukcji elektronicznej na platformie UZP, w

której jednocześnie respektowany miałby być parametr „czasu” i „jednego postąpienia”, jako parametry definiujące zamknięcie aukcji w sytuacji wystąpienia tzw. dogrywki.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: konsorcjum Inżynieria Rzeszów (dalej „przystępujący”). Przystępujący wniósł pismo procesowe datowane na dzień 9 lutego 2021 r., które w odpisach zostało przekazane stronom postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.

z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba podzielając w całości argumentację prezentowaną przez zamawiającego oraz przystępującego, stwierdziła, co następuje.

Zdaniem Izby, zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej stosując się do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązujących w przedmiotowym postępowaniu. Stosownie do rozdziału XIV ust. 16-18, w toku etapu dogrywki, możliwe było złożenie po jednym postąpieniu, a czas trwania dogrywki został ustalony na 10 minut (ust. 18).

Powyższe oznacza, iż wykonawcy biorący udział w „dogrywce”, w czasie przewidzianym na jej przeprowadzenie (10 minut), mieli prawo złożyć po jednym postąpieniu. Przystępujący, w przewidzianym czasie złożył jedno (1) postąpienie, natomiast odwołujący złożył dwa (2) postąpienia. Tym samym, stwierdzić należało, iż zamawiający prawidłowo, zgodnie z warunkami postępowania, za bezskuteczne uznał postąpienie odwołującego, złożone jako drugie postąpienie złożone o godzinie 13:01:47.

W ocenie Izby, na obecnym etapie postępowania odwołujący stara się wywieść okoliczności dla niego korzystniejsze, jednakże zdaniem Izby, niewynikające

z obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie z przepisem art. 91a ust. 2a ustawy Pzp

„W przypadku gdy zamawiający postanowił przeprowadzić aukcję elektroniczną, w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa co najmniej (...)”. Przepis powyższy daje zamawiającemu uprawnienie do określenia warunków aukcji w sposób właściwy temu zamawiającemu. Z kolei w art. 91d ust. 2 ustawy Pzp, ustawodawca wskazał, iż „Zamawiający po zamknięciu aukcji wybiera najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej”.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należało, iż niezasadne jest stanowisko odwołującego, że zamawiający powinien był zastosować się do regulaminu aukcji znajdującego się na portalu aukcyjnym UZP z pominięciem zasad ustanowionych przez zamawiającego w s.i.w.z. W przedmiotowym zakresie, należy podzielić stanowisko Izby prezentowane w wyroku z dnia 12 lipca 2013 roku, sygn. akt KIO 1535/13, w którym Izba wskazała, iż „W ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest definicji aukcji elektronicznej. Zgodnie z ustawą, aukcję elektroniczną można przeprowadzić po uprzednio przeprowadzonej procedurze przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Ustawa stanowi jedynie, że w toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, składają korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Ustawa nie rozstrzyga innych kwestii, dotyczących postąpień i nie reguluje szczegółowo warunków dotyczących prowadzenia aukcji. Szczegółowe warunki określa Zamawiający w treści SIWZ i zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej.”

Podnieść należy, iż specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest jednym z najważniejszych, jeżeli nie najważniejszym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jej treść kreuje bowiem wymagania zamawiającego względem przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do wykonawców wskazuje na ich minimalny poziom zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia (wymagania podmiotowe). Specyfikacja stanowi również instrukcję dla wykonawców, jak należy postępować, aby złożyć zamawiającemu prawidłową ofertę. Skoro zatem w przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił wobec wykonawców dedykowane temu postępowaniu wymagania, to aby oferta wykonawcy mogła zostać uznana za złożoną w sposób prawidłowy, wykonawca winien zastosować się do wszystkich jej elementów.

Zdaniem Izby, odwołujący nie zastosował się do opisanego w s.i.w.z. ograniczenia liczby postąpień w etapie dogrywki twierdząc, że wykorzystał czas, który pozostał do zakończenia tego etapu składając kolejne postąpienie. Działanie takie stanowi przykład niestosowania się do nałożonych przez zamawiającego warunków prowadzenia aukcji.

Okoliczność podnoszona przez odwołującego, iż w zaproszeniu do aukcji zamawiający odwołał się tylko do kryterium czasu dogrywki (10 minut) nie zwalniało odwołującego

z obowiązku wyrażonego przez zamawiającego w s.i.w.z. (rozd. XIV ust. 18), przewidującego możliwość złożenia (w czasie trwania dogrywki) tylko jednego postąpienia. Zdaniem Izby wszystkie okoliczności sprawy dotyczące dogrywki, były znane odwołującemu, ale ze względu na popełnione błędy w czasie trwania tejże, próbuje wymusić określoną interpretację s.i.w.z. (przedstawiając ją jako niejasną, niejednoznaczną) pozwalającą odwołującemu na powtórny udział w aukcji/postępowaniu.

Skoro zatem w postępowaniu został określony czas dogrywki na 10 minut (zaproszenie do aukcji) oraz został

ustanowiony limit postąpień w czasie dogrywki (rozd. XIV ust. 18 s.i.w.z.), to łączne spełnienie tych dwóch wymogów wywoływało skutek w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o prawidłowe wyniki aukcji. Okoliczność, iż odwołujący uzyskał z portalu informację o wygraniu aukcji, nie może stanowić podstawy do uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą, albowiem parametry aukcji, ustanowione przez zamawiającego nie przenosiły wymogu ze s.i.w.z. dotyczącego możliwości złożenia 1 postąpienia.

Zdaniem Izby, odwołujący nie udowodnił złożonymi dowodami, że portal aukcyjny umożliwia ustawienia parametrów aukcji w taki sposób, iż w przypadku dogrywki możliwe jest jednoczesne ustanowienie limitu czasu i limitu postąpień. Dowód nr 1 dowodzi jedynie, że w przypadku dogrywki możliwe są do ustawienia dwie opcje. Z dowodu nr 2 wynika, że w przypadku dogrywki aukcja zostanie przedłużona o 10 minut, nie wynika natomiast, że zaproszenie to zostało wygenerowane w przypadku opcji „Przedłużenie terminu zamknięcia”. Z dowodu nr 3 wynika, że jest to powtórne zaproszenie do aukcji, a w przypadku dogrywki wykonawcy zostaną poproszeni o złożenie ofert dodatkowych – w takim przypadku będą mieli 10 minut na złożenie kolejnego postąpienia, nie wynika natomiast, że zaproszenie to zostało wygenerowane w przypadku opcji „Oferty dodatkowe”. Z dowodu nr 4 wynika natomiast, że istnieją dwie formy dogrywki, z czego druga zakłada, że wykonawcy mają jedno dodatkowe postąpienie w dowolnym czasie, co pozostaje w sprzeczności z dowodem nr 3 oraz oświadczeniem odwołującego, że opcja druga pozwala na umożliwienie złożenia jednego postąpienia w określonym czasie.

Zdaniem Izby, zamawiający chciał, aby w przypadku dogrywki, możliwe było ustalenie jej wyników w miarę krótkiego czasu trwania takiej aukcji (10 minut), ale w związku z ograniczeniami portalu aukcyjnego, nie mógł jednocześnie ustawić opcji jednego postąpienia, dlatego też kwestia tego wymogu została doprecyzowana w s.i.w.z.

Izba oddaliła wszystkie zarzuty odwołania stwierdzając, że w przypadku informacji o wyniku postępowania, w którym decydującym było jedynie matematyczne przeliczenie punktacji za dane kryteria, nie jest konieczne szczegółowe uzasadnienie przyznanej punktacji.

Izba nie znalazła również podstaw do unieważnienia postępowania, albowiem jasne i jednoznaczne warunki przetargu (w tym również dotyczące aukcji) umożliwiały wybór oferty najkorzystniejszej, a postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....