

WYROK

z dnia 15 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant Piotr Ceglowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2017 r. przez wykonawcę: **A. S.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **OSKARBUD A. S. 05-230 Kobyłka, ul. Kordeckiego 11**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Terenów Publicznych 00-261 Warszawa, ul. Podwale 23**

przy udziale wykonawcy: **AG-Complex Sp. z o.o. 03-046 Warszawa, ul. Płytowa 14**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 90 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 1. ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, mimo że w postępowaniu zaistniały okoliczności obligujące zamawiającego do dokonania czynności wezwania oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty

wykonawcy Ag-Complex Sp. z o.o., mimo istnienia domniemania prawnego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę i nakazuje zamawiającemu **Zarządowi Terenów Publicznych 00-261 Warszawa, ul. Podwale 23** dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
 - 2) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzedzone wezwaniem wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. k osztaami postępowania obciąża zamawiającego **Zarząd Terenów Publicznych 00-261 Warszawa, ul. Podwale 23**, i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **A. S.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **OSKARBUD A. S. 05-230 Kobyłka, ul. Kordeckiego 11**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Zarząd Terenów Publicznych 00-261 Warszawa, ul. Podwale 23** na rzecz odwołującego: **A. S.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **OSKARBUD A. S. 05-230 Kobyłka, ul. Kordeckiego 11** kwotę 11.100 zł. 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: **Zarząd Terenów Publicznych 00-261 Warszawa, ul. Podwale 23** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Konservacja, przeglądy i bieżące naprawy placów zabaw i obiektów rekreacyjnych będących w administrowaniu Zarządu Terenów Publicznych w Dzielnicy Śródmieście w Warszawie” – oznaczenie sprawy ZTP-IX.2.26.32.2017 LJA (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp”. Postępowanie ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 listopada 2017 r. pod numerem 616316-N-2017.

W dniu 22 grudnia 2017 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: AG-Complex Sp. z o.o. 03-046 Warszawa, ul. Płytowa 14, informując o tym wykonawców.

Odwolujący: **A. S.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **OSKARBUD A. S. 05-230 Kobyłka, ul. Kordeckiego 11** wniósł, w dniu 27 grudnia 2017 r., odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, wskazując na naruszenie następujących przepisów:

1. art. 90 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, mimo że w postępowaniu zaistniały okoliczności obligujące zamawiającego do dokonania czynności wezwania;
2. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o., mimo istnienia domniemania prawnego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 153, poz. 1503) – dalej „uznk” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o., mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu

3

przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który składał postąpienia sprzecznie z zasadami ustalonymi przez zamawiającego;

4. art. 91a ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej wbrew warunkom licytowania określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej „SIWZ”, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców - co doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o.;

oraz ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwolujący wniósł, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, o uwzględnienie odwołania w całości i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności zamawiającego poprzez nakazanie mu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o.;
- 2) powtórzenia procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 3) wezwania wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy AG-Complex Sp. o.o.;
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Na rozprawie odwołujący wniósł o modyfikację żądania w zakresie pkt 2 powyżej i nakazanie zamawiającemu powtórzenie aukcji elektronicznej.

Uzasadniając zarzuty odwołania oraz swoje żądania odwołujący wskazał, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty mimo, że w postępowaniu zaistniały okoliczności obligującego zamawiającego do dokonania czynności wezwania oraz art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o., mimo istnienia domniemania prawnego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwolujący wskazał, że w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający winien był wezwać wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Podnosił, że wezwaniu takiemu nie stoi na przeszkodzie przeprowadzenie aukcji elektronicznej, bowiem w świetle przepisów ustawy Pzp oraz orzecznictwa Krajowej Izby

4

Odwolawczej - zamawiający, po zakończeniu aukcji elektronicznej, ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, o ile zachodzą okoliczności określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W prowadzonym postępowaniu takie okoliczności nastąpiły bowiem, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty jest uzasadnione, jeśli zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Ponadto, jak argumentował w dalszej części odwołujący, zamawiający zobligowany jest do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Z faktu posłużenia się przez ustawodawcę w treści przepisu zwrotem „lub” wynika, że jeśli chociaż jedna z opisanych okoliczności zaistnieje w postępowaniu, zamawiający jest zobligowany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Taką interpretację przepisu potwierdza opinia Urzędu Zamówień Publicznych: „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji”.

Niezależnie od dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca uszczegółowił wskazaną generalną zasadę występowania z żądaniem wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny poprzez regulacje zawarte w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, wskazując na szczególne przypadki, w których żądanie złożenia wyjaśnień może być konieczne. Zgodnie z pkt 1 zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, natomiast w pkt 2 cytowanego przepisu przewidziano taką możliwość. Te szczególne przypadki ustawodawca odniósł do wartości matematycznie przeliczanych, pozostawiając jednak zamawiającym możliwość ich oceny w konkretnym przypadku. Przekładając powyższe na okoliczności niniejszego postępowania odwołujący wskazywał, że cena zaoferowana przez wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o., na skutek przeprowadzenia aukcji elektronicznej - obiektywnie - wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia oraz - obiektywnie - budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przez wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ. W postępowaniu ziściła się również przesłanka określona w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, bowiem wartość oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. jest niższa o 32% od szacowanej przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że cena zaoferowana przez wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. w ramach aukcji elektronicznej różni się w znacznym stopniu od wartości przedmiotu zamówienia, którą oszacował zamawiający. W informacji z otwarcia ofert zamawiający wskazał, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 499 080,00

5

zł. Oznacza to, że między wartością przedmiotu zamówienia a ostateczną ceną oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. istnieje różnica w wysokości aż 160 080,00 zł, tj. oferta wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. jest niższa od wartości przedmiotu zamówienia o 32%. Ponadto zwracał uwagę, że różnica między ceną zaoferowaną przez wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. w ofercie „papierowej” (864 906,48 zł) a ceną zaoferowaną w ramach aukcji elektronicznej (339 000,00 zł) wynosi aż 525 909,48 zł. Oznacza to, że wykonawca AG-Complex Sp. z o.o. obniżył w ramach aukcji elektronicznej cenę swojej oferty o ponad 60%.

Już sama ta okoliczność powinna budzić wątpliwości zamawiającego, bowiem mając na względzie wskazaną różnicę w cenie między ofertą pierwotną i następczą, odruchowo nasuwają się wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty przez wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o.

Jeśli wykonawca AG-Complex Sp. z o.o. założył pierwotnie próg rentowności zamówienia na poziomie 864 906,48 zł - nawet przy uwzględnieniu pewnej nadwyżki na potrzeby aukcji elektronicznej - a następnie obniżył swoją cenę aż o 525 909,48 zł., to bez wątpienia zachodzi konieczność złożenia przez ten podmiot wyjaśnień w zakresie chociażby okoliczności jakie uzasadniają tak znaczne obniżenie poziomu ceny.

Jednocześnie opisana różnica w cenie winna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. Podnieść należy, że zamawiający określił w SIWZ szereg obciążających wykonawców wymogów dotyczących realizacji zamówienia o charakterze kosztotwórczym. W tym zakresie wskazać można chociażby na wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę określony w pkt 7.3. SIWZ czy wymogi określone w załączniku nr 9 do SIWZ „Warunki techniczne” i załączniku nr 10 do SIWZ „Technologia prac” (np. konieczność zapewnienia strojów dla pracowników, konieczność zapewnienia transportu, konieczność realizacji prac interwencyjnych w trybie pilnym). Zamawiający powinien więc wezwać wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie uwzględnienia przez niego w kalkulacji oferty wszystkich wymogów zdefiniowanych w SIWZ.

Mając na względzie opisane wyżej okoliczności, zaniechanie przez zamawiającego wezwania wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Skutkiem tego jest obarczenie wadą czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, bowiem zamawiający wybrał ofertę co do której - w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - istnieje domniemanie prawne rażąco niskiej ceny oferty. W konsekwencji, po przeprowadzeniu niniejszego postępowania, może dojść do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, w którym wskazano, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy

6

wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Bez wątpienia oferta wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. nie została wybrana w zgodzie z przepisami ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który składał postąpienia sprzecznie z zasadami ustalonymi przez zamawiającego.

Odwolujący w ramach wskazanych zarzutów podnosił, że działanie wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. w trakcie aukcji elektronicznej, polegające na bezpardonowym, umyślnym składaniu postąpień w ostatniej minucie trwania aukcji - w taki sposób, żeby zablokować możliwość złożenia, zgodnie z przewidzianymi w SIWZ zasadami aukcji, kontroferty przez odwołującego - stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. AG-Complex Sp. z o.o. działało niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i dobrymi obyczajami, składając wielokrotnie postąpienia w taki sposób, aby uniemożliwić złożenie postąpienia odwołującemu.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W piśmiennictwie wskazuje się, że „badanie sprzeczności z dobrymi obyczajami powinno przede wszystkim uwzględniać: przedmiot przetargu i umowy, która ma zostać zawarta, wartość transakcji, wartość prawdopodobnych zysków stron przyszłej umowy i środków zaangażowanych przez organizatora i uczestników przetargu w związku z przetargiem oraz środki i sposoby wpłynięcia na wynik przetargu, np. umyślność, bezpardonowość działania (K. Pietrzykowski [red.], Kodeks cywilny. Komentarz art. 1-449 ¹⁰, wyd. 8, Warszawa 2015).

Biorąc pod uwagę okoliczności niniejszego postępowania uznać należy, że działanie wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. w trakcie aukcji elektronicznej - było sprzeczne z dobrymi obyczajami. Jednocześnie zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej

konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący wskazywał, że wykonawca AG-Complex Sp. z o.o. umyślnie zaniżył oferowaną przez siebie cenę w toku aukcji, do poziomu poniżej rentowności. Podnieść należy, że ostateczna cena oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. (339 000,00 zł.) była dużo niższa od szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia (499 080,00 zł.) oraz ostatecznej

7

wartości oferty odwołującego (428 225,65 zł). Okoliczności te przemawiają za tym, że zaofferowana w obecnym postępowaniu przez wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. cena jest ceną świadczenia usługi poniżej kosztów. Jednocześnie na skutek zaofferowania przez wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. takiej a nie innej ceny doszło do wyłączenia dostępu do rynku dla odwołującego. Spełnione są zatem przewidziane w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk warunki do zakwalifikowania działania wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący twierdził, że zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. z postępowania, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie tych przepisów. Należy również podkreślić, że działanie AG-Complex Sp. z o.o. było sprzeczne z zasadami ustanowionymi przez zamawiającego, co powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający w SIWZ określił zasady, zgodnie z którymi wykonawcy powinni składać postąpienia w taki sposób, aby jeden z nich mógł zareagować na postąpienie drugiego. Natomiast działanie wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. polegało na wielokrotnym składaniu własnych postąpień w taki sposób, aby uniemożliwić wykonanie postąpienia odwołującemu.

Zarzut naruszenia art. 91a ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej wbrew warunkom licytowania przez wykonawców określonym w SIWZ, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców - co doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty wykonawcy AG-Complex.

Odwołujący w zakresie podnoszonego zarzutu wskazywał, że postąpienia wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. w trakcie aukcji umyślnie dokonywane były w taki sposób, że odwołujący nie mógł złożyć kontroferty a jednocześnie sam zamawiający - wbrew zasadom prowadzenia aukcji określonym w SIWZ - nie umożliwił odwołującemu złożenia kontroferty.

Zgodnie z art. 91a ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający w SIWZ określa warunki, na jakich wykonawcy będą licytować. W niniejszym postępowaniu zamawiający określił zasady prowadzenia aukcji w pkt 18.1.-18.7. SIWZ w tym w pkt 18.9. SIWZ wskazał: „Zamawiający zamyka aukcję elektroniczną: [...] - po upływie czasu ustalonego jako >>czas dogrywki<< liczonego od rozpoczęcia kolejnej minuty następującej po tej, w której złożono ostatnią ofertę - jednak nie wcześniej niż po upływie czasu podstawowego aukcji”. To samo powtórzył w pkt 18.12. SIWZ.

8

Następie w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej z dnia 18.12.2017 r. zamawiający doprecyzował dotychczasowe i określił dodatkowe, nieprzewidziane wcześniej w SIWZ, zasady prowadzenia aukcji: „Zamawiający zamyka aukcję elektroniczną: jeśli w podstawowym czasie nie zostanie złożona żadna oferta lub w ciągu 3 minut (czas dogrywki) liczonych od rozpoczęcia kolejnej minuty następującej po tej, w której złożono ostatnią ofertę - jednak nie wcześniej niż po upływie 15 minut (czas podstawowy aukcji) od otwarcia aukcji. Zamawiający dopuszcza 5 dogrywek po 3 minuty każda”. W świetle powyższego aukcja elektroniczna winna mieć taki przebieg, że po złożeniu postąpienia przez jednego z wykonawców, każdy powinien mieć 3 minuty na złożenie kontroferty w ramach „dogrywki”. Tymczasem faktycznie aukcja elektroniczna miała taki przebieg, że po złożeniu ostatniego postąpienia przez wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. - na skutek czego wykonawca obniżył cenę do kwoty 339 000,00 zł. a miało to miejsce na kilka sekund przed zakończeniem aukcji) zamawiający zakończył aukcję, uniemożliwiając tym samym złożenia kontroferty przez odwołującego.

Uniemożliwieniem złożenia kontroferty odwołującemu w powyższych warunkach oraz brakiem jakiegokolwiek reakcji na umyślne i sprzeczne z dobrymi obyczajami działanie wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. - zamawiający przeprowadził postępowanie z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. bez zachowania uczciwej konkurencji i z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający, w dniu 29 grudnia 2017 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił, w dniu 2 stycznia 2018 r. **AG-Complex Sp. z o.o. 03-046 Warszawa, ul. Płytowa 14** – zwany dalej „Przystępującym”. Przystępujący w złożonym piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 8 stycznia 2018 r., przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 10 stycznia 2018 r., wniósł odpowiedź na odwołanie, w którym wskazał w pierwszej kolejności na sprzeczności w stanowisku odwołującego polegające na tym, że ten z jednej strony zarzuca zamawiającemu wybór oferty zawierającej rażąco niską ceną, z drugiej podważa przebieg aukcji elektronicznej podnosząc, że uniemożliwiono mu dokonanie postąpienia a tym samym, jak rozumie zamawiający, złożenia oferty cenowo korzystniejszej. Analiza stanowiska odwołującego

9

proceedzi zatem do wniosku, że odwołujący zamierzał wykonać w toku aukcji kolejne postąpienie, skutkujące złożeniem oferty z niższą ceną od oferty przystępującego, a zatem również zawierającą cenę rażąco niską.

Jednocześnie w odniesieniu do zarzutów dotyczących zaniechania badania rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. zamawiający wskazał, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 497 221,08 zł. brutto i została wyliczona na podstawie „Szacunkowej kalkulacji kosztów realizacji zamówienia w latach 2018-2020”. Kwota jaką przyjął zamawiający pod kątem rażąco niskiej ceny to 348 054,76 zł. a cena zaoferowana przez AG-Complex Sp. z o.o. wynosi, po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej – 339 000,00 zł. a zatem jest niższa o 158 221,08 zł. a nie jak twierdzi odwołujący o 160 080,00 zł. od wyliczonej przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę różnica pomiędzy „progim” wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty wynosi 9 054,76 zł. Z uwagi na to, że prowadzone przez zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje okres 3 lat to różnica w cenie wykonawcy, w kontekście miesięcznego kosztu realizowanej usługi wynosi ok. 250 zł. brutto miesięcznie.

Zamawiający podniósł, że badając ceny ofert po przeprowadzonej aukcji elektronicznej uznał, że cena najniższej oferty nie budzi jego wątpliwości, zakres prac zawiera szereg pozycji ulegających powtórzeniu w różnych krotnościach, w każdym roku kalendarzowym wykonania zamówienia. Jednocześnie wskazał, że cena zaoferowana przez przystępującego jest zbliżona do ceny zaoferowanej przez wykonawcę realizującego analogiczne zamówienie w latach 2015 – 2017, która wynosiła 332 719,92 zł. Ponadto w odpowiedzi podniósł, że biorąc pod uwagę jego doświadczenie z realizacji tego rodzaju przedmiotu umowy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia a wartość zamówienia została przez niego „nieznacznie zawyżona”.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zasad prowadzenia aukcji elektronicznej zamawiający podnosił, że zasady dotyczące prowadzenia aukcji zostały przekazane wykonawcom w SIWZ i zaproszeniu do aukcji. W dokumentach tych określił, że podstawowy czas trwania aukcji to 15 minut, ponadto przewidział 5 dogrywek po 3 min. każda. W dniu 21 grudnia 2017 r. o godz. 10.00. przeprowadził aukcję na platformie Marketplanet, zakończoną o godz. 10.21. W jej toku nie stwierdzono żadnych nieprawidłowości w jej przebiegu, obaj wykonawcy mieli jednakowy dostęp do platformy aukcyjnej i mogli składać kolejne postąpienia bez żadnych przeszkód. W trakcie aukcji wyświetlana była informacja która dogrywka jest aktualnie w toku oraz ile czasu pozostało do jej zakończenia.

10

Zamawiający przedstawił przebieg aukcji stwierdzając, że została ona przeprowadzona zgodnie z zasadami, wykonawcy byli informowani, że godziną ostatecznego zamknięcia aukcji jest 10:21:00. i nie dostrzegł w przebiegu aukcji naruszenia zasady równego traktowania wykonawców czy dobrych obyczajów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Z przedstawionej przez zamawiającego dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 606 367,13 zł. netto, w tym wartość zamówień o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp - na kwotę 202 122,38 zł. Z pkt 2.5. protokołu postępowania wynika ponadto, że zamawiający dokonał ustalenia wartości zamówienia w dniu 3 listopada 2017 r. a jako podstawę wskazał dokument wewnętrzny pn. „Szacunkowa kalkulacja kosztów realizacji zamówienia w latach 2018 – 2020”.

Zamawiający, w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt IV.1.8 przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej. W ogłoszeniu o zamówieniu w powyższej sekcji znajdują się postanowienia dotyczące przebiegu, warunków oraz sposobu prowadzenia aukcji elektronicznej. W tym przedmiocie ogłoszenie zawiera następujące postanowienia:

- 1) Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli zostaną złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej zostanie wysłane drogą elektroniczną na adres e-mail wskazany przez Wykonawcę w Formularzu Oferty.
- 2) Postąpienia składane w toku aukcji elektronicznej będą podlegały automatycznej ocenie i klasyfikacji, zgodnie z formułą podaną w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej, o której mowa w art. 91b ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.
- 3) Minimalna wartość postąpienia : 2 000 PLN.
- 4) Informacje dotyczące wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń: warunkiem wzięcia udziału w aukcji elektronicznej jest dysponowanie bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Komputer użytkownika powinien spełniać następujące wymagania: - posiadać zainstalowany system operacyjny wspierany przez producenta tego systemu (Windows 7/Windows 8/Windows 10 bądź nowszy), być wyposażony w procesor taktowany zegarem o częstotliwości 1 GHz i posiadać co najmniej 1 GB pamięci RAM (są to wymagania jakie powinien spełnić komputer z systemem Windows 7), posiadać zainstalowaną przeglądarkę internetową wspieraną przez jej producenta: Microsoft Internet Explorer w wersji co najmniej IE10

11

albo Mozilla Firefox, posiadać połączenie z siecią Internet o przepustowości nie mniejszej niż 128 kb/s.

- 5) Wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców w aukcji elektronicznej: wykonawcy chcący wziąć udział w aukcji elektronicznej muszą się zalogować na platformie aukcyjnej za pomocą danych uwierzytelniających przekazanych przez operatora platformy aukcyjnej wykonawcom, którym zamawiający przekazał zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej.
- 6) Warunki, na jakich wykonawcy będą brać udział w aukcji są następujące: termin rozpoczęcia i zakończenia aukcji zostanie przekazany przez zamawiającego w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej.
- 7) Informacje o liczbie etapów aukcji elektronicznej i czasie ich trwania: aukcja jednoetapowa.
- 8) Wykonawcy, którzy nie złożyli nowych postąpień, zostaną zakwalifikowani do następnego etapu: tak.
- 9) Warunki zamknięcia aukcji elektronicznej: zamawiający zamyka aukcję elektroniczną jeśli w podstawowym czasie nie zostanie złożona żadna oferta, lub po upływie czasu ustalonego jako „czasu dogrywki”, liczonego od rozpoczęcia kolejnej minuty następującej po tej, w której złożono ostatnią ofertę – jednak nie wcześniej niż po upływie czasu podstawowego aukcji.

Tożsame postanowienia zamawiający zawarł w Części V SIWZ – Tryb i zasady wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie Izba ustaliła, że w terminie składania ofert pisemnych tj. do dnia 24 listopada 2017 r. do godz. 10.00. oferty złożyło dwóch wykonawców:

1. A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą OSKARBUD A. S. 05-230 Kobyłka, ul. Kordeckiego 11 – proponując za wykonanie zamówienia cenę ofertową brutto 430 225,65 zł.
2. AG-Complex Sp. z o.o. 03-046 warszawa, ul. Płytowa 14 – z ceną ofertową brutto 864 906,48 zł.

Ponadto, w dniu 18 grudnia 2017 r. zamawiający zaprosił ww. wykonawców do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej informując jednocześnie o zasadach jej przeprowadzenia:

1. Minimalna wartość postąpienia to: 2 000,00 zł.
2. Aukcja rozpocznie się w dniu 21 grudnia 2017 r. o godz. 10.00.
3. Zamawiający zamyka aukcję elektroniczną: jeśli w podstawowym czasie nie zostanie złożona żadna oferta, lub w ciągu 3 minut (czas dogrywki), liczonych od rozpoczęcia

12

kolejnej minuty następującej po tej, w której złożono ostatnią ofertę – jednak nie wcześniej niż po upływie 15 minut (czas podstawowy aukcji) od otwarcia aukcji. Zamawiający dopuszcza 5 dogrywek po 3 minuty każda.

W dalszej kolejności ustalono, że w dniu 21 grudnia 2017 r. o godz. 10.00. na Platformie Marketplanet rozpoczęła się aukcja elektroniczna o identyfikatorze 6434. W toku przedmiotowej aukcji złożono następujące postąpienia:

- 10:01:22 – pierwsze postąpienie AG-Complex Sp. z o.o. – cena 862 906,48 zł.
- 10:12:35 – postąpienie AG-Complex Sp. z o.o. – cena 860 906,48 zł.
- 10:13:38 – postąpienie AG-Complex Sp. z o.o. – cena 858 906,48 zł.
- 10:14:36 – postąpienie AG-Complex Sp. z o.o. – cena 856 906,48 zł.
- 10:16:02 – postąpienie AG-Complex Sp. z o.o. – cena 854 906,48 zł.
- 10:17:19 – postąpienie AG-Complex Sp. z o.o. – cena 852 906,48 zł.
- 10:17:47 – postąpienie OSKARBUD A. S. – cena 428 225,65 zł.
- 10:19:42 – postąpienie AG-Complex Sp. z o.o. – cena 499 000,00 zł.
- 10:20:55 – postąpienie AG-Complex Sp. z o.o. – cena 339 000,00 zł.

Ponadto, w aktach sprawy znalazła się notatka służbowa datowana na 21 grudnia 2017 r. kierowana do Dyrektora Zarządu Terenów Publicznych, z której wynika, że komisja przetargowa, po konsultacji z zespołem merytorycznym, informuje że cena oferowana przez AG-Complex Sp. z o.o. nie budzi zastrzeżeń co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Jest ona niższa o ok. 31,82% od wartości szacunkowej jaką określił zamawiający. Ponadto komisja przetargowa wskazuje, że 1,82% wartości szacunkowej to 9 054,76 zł. brutto w odniesieniu do całej wartości umowy, co daje kwotę 251,52 zł. brutto w odniesieniu do jednego miesiąca. Dodatkowo firma AG-Complex Sp. z o.o. jest znana zamawiającemu z wykonania wielu realizacji a zatem zamawiający nie uznaje za konieczne wzywania tego wykonawcy do składania wyjaśnień.

Na rozprawie strony postępowania odwoławczego przedstawiły swoje stanowiska: wywodząc jak dotychczas.

Jednocześnie odwołujący złożył pismo procesowe przedstawiające przebieg aukcji w sposób, w jaki był on widoczny dla odwołującego. Podnosił, że w jej trakcie odwołujący nie widział kolejnych postąpień przystępującego, jeśli te nie zmieniały kolejności ofert. Jego zdaniem aukcja winna być zamknięta po upływie czasu podstawowego (15 min) bowiem nie została złożona żadna oferta, która zmieniałaby kolejność ofert. Ponadto przedstawił przebieg 5 dogrywek w taki sposób, iż w każdej z nich postąpienia składał przystępujący a aukcja zakończyła się złożeniem oferty na ok. 5 sekund przed zakończeniem aukcji. Jego

13

zdaniem zamawiający, w zaistniałej sytuacji, winien wyznaczyć kolejne 3 minuty, zgodnie z opisem zawartym w SWZ i umożliwić złożenie postąpienia odwołującemu.

Izba, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, ofertami złożonymi w postępowaniu,

raportem z przebiegu aukcji elektronicznej na wykonanie konserwacji, przeglądów i bieżących remontów placów zabaw i obiektów rekreacyjnych będących w administrowaniu Zarządu Terenów Publicznych w Dzielnicy Śródmieście w Warszawie, pismem procesowym odwołującego prezentującym przebieg aukcji, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w kwestionowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów i naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W przypadku gdyby zarzuty odwołania potwierdziły się odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem jego oferta - w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert – byłaby najkorzystniejsza.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, zważyła co następuje:

I. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie naruszenia art. 90 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, mimo że w postępowaniu zaistniały okoliczności obligujące zamawiającego do dokonania czynności wezwania oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy Ag-Complex Sp. z o.o., mimo istnienia domniemania prawnego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę

Niesporne między stronami było, iż przeprowadzenie aukcji elektronicznej nie stoi na przeszkodzie zweryfikowaniu ofert pod kontem rażąco niskiej ceny, a w dalszej konsekwencji ewentualnemu ich odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym w sytuacji, gdy spełniona zostałaby przesłanka do zastosowania art. 90 ust. 1a

14

ustawy Pzp, zamawiający zobligowany jest, po przeprowadzeniu aukcji, do wezwania wykonawcy w sytuacji gdy, po zamknięciu aukcji, zajdą okoliczności określone w tym przepisie.

W niniejszym postępowaniu zamawiający, zgodnie z ustaleniami poczynionymi przez Izbę, dokonał badania oferty przystępującego stwierdzając, że zaproponowana przez niego cena (oferowana po aukcji) nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedmiotem sporu było czy w okolicznościach niniejszej sprawy wypełnione zostały przesłanki wskazane w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, obligujące zamawiającego do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Na wstępie należy stwierdzić, że jak wynika z dokumentacji postępowania szacunkowa wartość zamówienia, ustalona przez zamawiającego z należytą starannością, wynosiła (dla zamówienia podstawowego) 497 221,08 zł. brutto. Cena zaoferowana przez przystępującego – AG Complex Sp. z o.o., po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej wynosiła 339 000,00 zł. brutto a zatem była niższa (co wyliczył sam zamawiający w notatce służbowej z 21 grudnia 2017 r.) o 31,82% od wartości szacunkowej. Tym samym, zgodnie z dyspozycją tego przepisu, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień czy zaproponowana cena nie jest rażąco niską chyba, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zamawiający, co sam przyznał, zastosował przepis art. 91 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp i badał czy rozbieżności, o których mowa w tym przepisie wynikają z takich właśnie okoliczności. W wymienionej wyżej notatce zamawiający przyznając, że próg 30% został przekroczony, wskazał jednocześnie jakie przesłanki brał pod uwagę podejmując decyzję o tym, że zaniechał wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Były to następujące okoliczności: fakt, że wykonawca ten jest znany zamawiającemu z wielu realizacji, różnica pomiędzy progiem 30% a wyliczeniem zamawiającego to 1,82% ty, samym zamawiający nie uznaje za konieczne kierowanie do wykonawcy takiego wezwania. Ponadto w odpowiedzi na odwołanie wskazywał na dodatkowe elementy podnosząc, że biorąc pod uwagę,

że zamówienie obejmuje okres 36 miesięcy różnica w ofercie wykonawcy, w kontekście miesięcznego kosztu brutto wynosi ok. 250,00 zł. Odnosił się również do ceny zaoferowanej przez wykonawcę, który realizował postępowanie w latach 2015 – 2017 wskazując, że cena tej oferty była porównywalna a szacunkowa wartość przez niego określona była „nieznacznie zawyżona”.

W ocenie Izby żadnej ze wskazanych przez zamawiającego okoliczności nie można zakwalifikować jako „rozbieżności wynikającej z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia” (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp). Wręcz przeciwnie rozbieżności, które powstały - poprzez wskazane okoliczności - powinny być wyjaśnione celem rozwiania

15

wątpliwości czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Z przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie wynika, że zamawiający zwolniony jest z wezwania, gdy te okoliczności w żaden sposób nie budzą wątpliwości, co w ocenie Izby nie miało miejsca w niniejszym stanie faktycznym. Fakt, że przystępujący realizował już wcześniej usługi dla zamawiającego nie może być podstawą do oceny, że zaproponowane w tym postępowaniu ceny za realizację nie zostały zaniżone. Ponadto w sytuacji, gdy przystępujący zaoferował cenę przed aukcją o ponad 2,5 - krotnie wyższą niż cena którą zaproponował w toku aukcji winno to wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do rzetelności dokonanej kalkulacji. Jakkolwiek niewątpliwie informacja, że zamawiający zamierza przeprowadzić aukcję elektroniczną może mieć wpływ na to, że wykonawcy kalkulują nieznaczny „margines” w cenie oferty, umożliwiając im obniżanie ceny w toku aukcji, to jednak taka różnica, w stosunku do oferty wyjściowej wymaga, co najmniej konieczności wezwania do złożenia wyjaśnień. Dla dokonywanej oceny nie ma również znaczenia fakt, że przekroczenie wspomnianego progu 30% nastąpiło o 1,82%, zaś argument o zawyżonej szacunkowej wartości zamówienia Izba traktuje jako użyty na potrzeby niniejszego odwołania zwłaszcza, że zamawiający szacował tę wartość w listopadzie 2017 r. a badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny dokonywał zaledwie dwa miesiące później.

Należy podkreślić, iż zamawiający zwolniony jest z obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny tylko w wyjątkowej sytuacji, która nie może być interpretowana rozszerzająco. Interpretując przepis w taki sposób, jak chce tego zamawiający, nigdy nie doszłoby do wezwania w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, gdyż każda wskazana przez niego okoliczność kwalifikowana byłaby jako oczywista, niewymagająca wyjaśnienia, z czym Izba nie może się zgodzić. Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany został do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

16

II. Izba oddaliła odwołanie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o., mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który składał postąpienia sprzecznie z zasadami ustalonymi przez zamawiającego oraz art. 91a ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej wbrew warunkom licytowania określonym w SIWZ, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców - co doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty wykonawcy AG-Complex Sp. z o.o.

Na wstępie należy zauważyć, iż aukcja elektroniczna jest zautomatyzowanym sposobem oceny ofert odbywającym się bez ingerencji zamawiającego. Ocena ta jest przeprowadzana w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, co wynika jednoznacznie z art. 91a ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym wszelkie czynności w toku aukcji przebiegają w sposób zautomatyzowany, w oparciu o reguły ustalone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ oraz zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej. Biorąc pod uwagę podstawy faktyczne podniesionych w treści odwołania zarzutów istotne jest ustalenie, czy

przeprowadzona aukcja przebiegła bez zakłóceń oraz odstępstw od warunków ustalonych przez zamawiającego.

W oparciu o dokumentację postępowania, zawierającą raport z aukcji przeprowadzonej na Platformie Marketplanet, zawierający listę postąpień składanych w toku aukcji o identyfikatorze 6434 Izba ustaliła, iż przebiegła ona bez zakłóceń czy też ingerencji zamawiającego w jej przebieg. Przebieg aukcji zaprezentowany przez zamawiającego znalazł odzwierciedlenie w przedłożonej dokumentacji, zatem wynikające z pisma procesowego odwołującego zarzuty, iż w toku aukcji nie były dla niego widoczne ewentualne postąpienia przystępującego a podstawowy czas aukcji, jak też kolejne dogrywki upływały na obserwowaniu zegara aukcji – nie znajdują potwierdzenia. Odwołujący miał możliwość składania postąpień, z której to możliwości skorzystał tylko raz, oferując cenę niższą o 2 000,00 zł. od zaproponowanej pierwotnie w swojej ofercie.

Tym samym w niniejszej sprawie Izba poddała analizie zapisy SIWZ oraz zaproszenia do udziału w aukcji. Z treści SIWZ w tym zakresie wynika, że zamawiający przewidział, że zamknie aukcję elektroniczną po upływie czasu ustalonego jako „czas dogrywki”, liczonego od rozpoczęcia kolejnej minuty następującej po tej, w której złożono ostatnią ofertę, jednak nie wcześniej niż po upływie czasu podstawowego aukcji (ustalony na 15 min). Izba ustaliła ponadto, na podstawie przekazanego przez zamawiającego raportu z aukcji,

17

że rozpoczęła się ona o wskazanej godzinie. Postąpienia składane były przez przystępującego i jedno przez odwołującego, zgodnie z zasadami opisanymi w SIWZ, poprzez każdorazowe obniżenie ceny ofertowej o kwotę minimalną tj. 2 000,00 zł. Jednocześnie w treści zaproszenia do udziału w aukcji, kierowanego do wykonawców zamawiający wskazał, że dopuszcza pięć

dogrywek po trzy minuty każda. I w tym zakresie Izba nie dopatrzyła się naruszenia opisanych zasad. Odwołujący nie udowodnił, że przedstawiony przez zamawiającego przebieg aukcji był inny niż wynikający z przedstawionego dokumentu, w szczególności nie udowodnił, że nie miał on informacji o tym że piąta a zatem ostatnia dogrywka zakończy się o godz. 10.21.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń odwołującego, iż działania AG-Complex Sp. z o.o. polegające na umyślnym składaniu postąpień w taki sposób, aby jednocześnie uniemożliwić złożenie postąpienia odwołującemu jak również, że fakt złożenia oferty na kilka sekund przed zamknięciem aukcji stanowią naruszenie przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy stwierdzić, że Izba tego stanowiska nie podziela. Czynem nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu klauzuli generalnej wynikającej z art. 3 ust. 1 pkt 1 jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeśli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W doktrynie wskazuje się, że „dobre obyczaje” należy oceniać przez pryzmat ekonomiczno-funkcjonalny co oznacza, że uczciwe konkurowanie przedsiębiorców opierać ma się na elemencie cenowej i jakościowej rywalizacji. Istota czynu nieuczciwej konkurencji w przypadku przystępującego, w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegać miała na wielokrotnym składaniu własnych postąpień w taki sposób aby odwołujący nie miał możliwości złożenia własnego postąpienia, w końcu na złożeniu oferty cenowej w ostatnich sekundach trwania aukcji. Izba oddalając zarzuty w tym zakresie wzięła pod uwagę fakt, iż wykonawcom, na równych zasadach, przekazane zostały SIWZ oraz zaproszenie do udziału w aukcji a zatem znane były wcześniej zasady jej prowadzenia. Jednocześnie jak podkreślał zamawiający, czemu też odwołujący nie przeczył, brał on wcześniej udział w aukcjach a zatem znana mu była ich specyfika. Również analiza przebiegu aukcji prowadzi do wniosku, że obie strony miały możliwość składania postąpień, na równych zasadach co czynił zarówno przystępujący jak też odwołujący. Ponadto należy zauważyć, że normalną a nawet powszechną praktyką przy udziale w aukcjach elektronicznych jest to, że oferty składane są w ostatnich momentach trwania takich aukcji, nawet w ostatnich ich sekundach.

Jednocześnie nie znajduje oparcia w zapisach SIWZ pogląd, że odwołujący powinien mieć możliwość złożenia kolejnego postąpienia, albowiem zamawiający miał obowiązek przedłużyć czas trwania aukcji o kolejne 3 minuty, liczone od rozpoczęcia kolejnej minuty

18

następującej po tej, w której złożono ostatnią ofertę, gdyż z warunków aukcji wynika, iż zamawiający dopuścił pięć dogrywek a ostatnia zakończyła się o godz. 10.21.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100,00 zł., stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: