

WYROK
z dnia 1 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 30 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Public Transport Service Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **POLREGIO S.A., z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **PESA Mińsk Mazowiecki S.A., z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Public Transport Service Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **Public Transport Service Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) 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 3460/23

UZASADNIENIE

W dniu 20 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **Public Transport Service Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** (dalej „Odwołujący”) wobec czynności zamawiającego **POLREGIO S.A., z siedzibą w Warszawie** (dalej „Zamawiający”) polegających na: (1) ocenie ofert oraz wyborze w dniu 09.11.2023 roku jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **PESA Mińsk Mazowiecki S.A.** (dalej jako „PESA”); (2) zaniechaniu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie: (1) art. 240 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 2 PZP poprzez nieustalenie w treści SWZ jednoznacznego sposobu obliczenia ostatecznej ceny ofertowej; (2) art. 255 pkt 6 PZP poprzez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo wystąpienia ku temu podstaw; (3) art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z § 18 ust. 8 SWZ poprzez niewłaściwe obliczenie przez Zamawiającego ostatecznej ceny j oferty złożonej przez PESA (4) art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wybór oferty PESA w sposób niezgodny z PZP.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem powyższe naruszenia mają wpływ na wynik postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty **PESA Mińsk Mazowiecki S.A.** podjętej w dniu 09.11.2023 roku, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP, albowiem jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, ewentualnie ponowną ocenę i wybór ofert z uwzględnieniem zasad wynikających z § 18 ust. 8 SWZ, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP. Odwołujący

jest wykonawcą, który złożył ważną ofertę w postępowaniu przetargowym i ma interes w uzyskaniu zamówienia. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację, albowiem Zamawiający naruszając przepisy PZP w sposób bezprawny dokonał wyboru oferty PESA Mińsk Mazowiecki S.A. jako oferty najkorzystniejszej. Wybór oferty nastąpił w następstwie niezgodnego z postanowieniami SWZ obliczenia ceny wybranej oferty. Gdyby Odwołujący wiedział, że Zamawiający nie będzie stosował się do postanowień SWZ dotyczących proporcjonalnego obniżenia ceny oferty złożonej w toku aukcji, to sam złożyłby kolejne oferty w toku aukcji elektronicznej. Odwołujący jednak tego zaniechał, gdyż gdyby Zamawiający obniżył cenę oferty Odwołującego zgodnie z § 18 ust. 8 SWZ, byłoby to dla Odwołującego nieopłacalne ekonomicznie. Ponadto, mając na uwadze niedającą się obecnie usunąć wadliwość SWZ w zakresie sposobu obliczania ceny ofertowej interes Odwołującego polega również na unieważnieniu niniejszego postępowania oraz jego ponownym ogłoszeniu i przeprowadzeniu po dokonaniu przez Zamawiającego konwalidacji treści SWZ. Obecne postanowienia SWZ uniemożliwiają obliczenie cen ofertowych wykonawców. Poszczególne postanowienia SWZ są wzajemnie sprzeczne. Co istotne, sam Zamawiający nie wie, w jaki sposób ma je zastosować, co potwierdzają kolejne unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nieuwzględnienie odwołania i utrzymanie w mocy zaskarżonych czynności Zamawiającego spowoduje zatem poniesienie przez Odwołującego szkody polegającej na niemożności ubiegania się o udzielenie zamówienia w powtórzonym postępowaniu. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi szkodę Odwołującego uzasadniającą złożenie odwołania.

Odwołujący wskazał, że dowiedział się o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu 09.11.2023 roku (ponowne unieważnienie czynności wyboru ofert z dnia 03.11.2023 roku oraz wybór oferty PESA Mińsk Mazowiecki S.A).

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie naprawy piątego poziomu utrzymania PU5 autobusów szynowych serii SA103, o numerach 001 oraz 002 Typu 214Ma” złożone zostały cztery oferty pochodzące od:

- PESA Mińsk Mazowiecki S.A. na kwotę 11.109.360,00 zł brutto,
- Public Transport Service Sp. z o.o. na kwotę 11.381.436,00 zł brutto,
- konsorcjum RS Mobility Sp. z o.o. i CSI INVEST Sp. z o.o. na kwotę 18.050.865,00 zł brutto,
- Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. kom. na kwotę 18.936.834,00 zł brutto.

Każdy z ww. oferentów został zaproszony do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej w dniu 11.09.2023 roku. Do aukcji tej przystąpiło dwóch oferentów: Odwołujący oraz PESA. W toku aukcji złożono kilkadziesiąt postąpień. W dniu 29.09.2023 roku Zamawiający unieważnił czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej z dnia 11.09.2023 roku, uzasadniając to tym, że po zamknięciu tej aukcji nie był możliwy wybór najkorzystniejszej oferty, ponieważ ostatnie postąpienie w aukcji zostało złożone przez PESA pod wpływem błędu w rozumieniu art. 84 § 2 k.c., co uniemożliwiło złożenie kolejnych postąpień przez innych wykonawców biorących udział w aukcji.

Odwołujący wskazał, że w dniu 04.10.2023 roku Zamawiający powtórzył aukcję elektroniczną, do której przystąpił tylko jeden wykonawca – PESA Mińsk Mazowiecki S.A., składając jedną ofertę. W tym samym dniu Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PESA. Czynność Zamawiającego została zaskarżona przez Odwołującego. Przed rozpoczęciem rozprawy Zamawiający uznał w całości odwołanie wniesione przez Odwołującego (KIO 3007/23).

W dniu 02.11.2023 roku Zamawiający ponownie przeprowadził aukcję, podczas której jedyną ofertę złożyła PESA. Przed rozpoczęciem aukcji Odwołujący występował do Zamawiającego o unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP, wskazując, że jest ono dotknięte nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

W dniu 03.11.2023 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty PESA na kwotę 10.851.060,00 zł brutto przyznając jej 100 punktów. Oferta złożona przez PTS na kwotę 11.381.436,00 zł brutto otrzymała 95,33 punktów. Pismem z dnia 07.11.2023 roku Odwołujący wskazał Zamawiającemu, że ocena oraz wybór ofert są wadliwe jako naruszające m.in. § 18 ust. 8 SWZ, a ponadto, że postępowanie powinno zostać unieważnione.

W dniu 09.11.2023 roku Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 03.11.2023 roku z powodu błędnie podanej ostatecznej ceny oferty PESA. Zamawiający oświadczył ponadto, że dokona ponownego przeliczenia oferty PESA uwzględniając odpowiednie postanowienia § 18 SWZ.

W dniu 09.11.2023 roku Zamawiający dokonał ponownej oceny i wyboru ofert. Oferta złożona przez PESA otrzymała 100 punktów, oferta złożona przez PTS otrzymała 95,33 punktów, a więc tyle samo, co podczas wyboru oferty dokonanego w dniu 03.11.2023 roku, który Zamawiający sam unieważnił, powołując się wadliwość swoich działań.

Działania i zaniechania Zamawiającego naruszają przepisy PZP w sposób mający bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z informacją zawartą w pkt 3 tiret 1 zaproszenia do udziału w aukcji zaplanowanej na

dzień 02.11.2023 roku Zamawiający zobowiązany był zgodnie z § 18 ust. 12 pkt 10 SWZ do wprowadzenia na Platformie w formularzu elektronicznym wszystkich cen jednostkowych netto. Zapis zawarty w § 18 ust. 12 pkt 10 SWZ odwołuje się zaś wprost do § 14 ust. 2 SWZ, który zawierać ma wzór do obliczania ceny na podstawie każdorazowej zmiany ceny jednostkowej podczas aukcji. Jednak w § 14 ust. 2 SWZ nie został przewidziany żaden wzór, który mógłby służyć do obliczania ceny oferty. Dokumentacja przetargowa nie przewiduje zatem wzoru do obliczenia ceny ofertowej, która stanowić ma podstawę wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu. Okoliczność ta stanowi wadę postępowania.

Ponadto w § 18 ust. 8 SWZ, a następnie powtórzonym w pkt 3 tiret 4 ww. zaproszenia do udziału w aukcji, Zamawiający ustalili, że po przeprowadzeniu aukcji i po uzyskaniu w wyniku aukcji ostatecznej ceny brutto Zamawiający obliczy upust w stosunku do wartości ceny brutto zaoferowanej w formularzu ofertowym (w procentach), a następnie obniży wszystkie ceny jednostkowe o ustalony procent upustu (z dokładnością do 2 miejsc po przecinku). Postanowienie zawarte w § 18 ust. 8 SWZ pozostaje w sprzeczności z ideą aukcji, albowiem to uczestnik aukcji ma obniżać ceny jednostkowe. Pozostawienie ww. zapisu skutkować będzie ingerencją w cenę ofertową przez Zamawiającego już po zakończeniu aukcji. W rzeczywistości zatem ceny jednostkowe zostaną obniżone co najmniej dwukrotnie: co najmniej raz przez uczestnika aukcji, a następnie przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że przewidziane w § 18 ust. 8 SWZ obniżanie cen jednostkowych przez Zamawiającego nie jest adekwatne do formuły aukcji przyjętej przez Zamawiającego, która polega na obniżaniu cen jednostkowych w toku aukcji przez wykonawcę. Obecne postanowienia SWZ wykluczają się wzajemnie i nie dają możliwości przeprowadzenia aukcji, ustalenia ceny oferty najkorzystniejszej oraz jej wyboru.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zmiana SWZ nie jest możliwa po upływie terminu do złożenia ofert. Wobec braku możliwości konwalidacji postanowienia SWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny, niniejsze postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skutkować to powinno unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący powoła się na wyrok KIO o sygn. akt: 1297/14.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie był w stanie prawidłowo obliczyć ceny oferty netto i punktacji po każdorazowej zmianie cen jednostkowych w toku aukcji zgodnie z § 18 ust. 12 pkt 10 SWZ, albowiem SWZ nie przewiduje wzoru do dokonania takiego przeliczenia, który powinien być zawarty w § 14 ust. 2 SWZ. Jeżeli Zamawiający dokonywał jakiegokolwiek przeliczenia (a powinien, jeśli to przewidział), to uczynił to w sobie tylko znany sposób i według zasad nieznanymi wykonawcom.

W ocenie Odwołującego, jakkolwiek wybór oferty w niniejszym postępowaniu dotknięty będzie wadliwością, albowiem obliczenie ceny oferty netto i punktacji w toku aukcji zawsze opierać się będzie na nieweryfikowalnych działaniach Zamawiającego. Zamawiający nie może bowiem zastosować wzoru, który nie został zamieszczony w SWZ i z tego względu uznać należy, że ten wzór w niniejszym postępowaniu nie istnieje.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 255 pkt 6 PZP obowiązkiem zamawiającego jest unieważnienie postępowania w każdym przypadku, jeśli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki:

- 1) dojdzie do naruszenia przepisów PZP regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania),
- 2) wada musi być niemożliwa do usunięcia,
- 3) wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego, niniejsze postępowanie przetargowe dotknięte jest wadą, albowiem naruszone zostały przepisy PZP. Nie może ulegać wątpliwości, że Zamawiający określił w SWZ zasady obliczenia ostatecznej ceny ofertowej w sposób, który nie pozwalał na jej jednoznaczne obliczenie. Zamawiający naruszył więc przepis art. 239 PZP i art. 240 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP. Mamy zatem do czynienia z wadą postępowania, albowiem Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieprzejrzysty oraz nie zapewniający zachowania zasady równego traktowania wykonawców. W związku z tym, że w sprawie upłynął już termin składania ofert, zgodnie z art. 137 ust. 1 PZP nie jest możliwe usunięcie wad SWZ. W odniesieniu do ostatniego z elementów, tj. niemożliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego wskazać należy, że zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Ustawodawca zatem jednoznacznie odnosi się do naruszenia ustawy przez Zamawiającego przy udzieleniu zamówienia. W ocenie Odwołującego, dokonanie wyboru oferty w oparciu o tak niejasne i niespójne postanowienia SWZ i w konsekwencji zawarcie umowy powodowałoby

koniczność unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP, gdyż takie zamówienie zostałoby udzielone z naruszeniem ustawy - w tym wypadku bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 239 PZP i art. 240 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP.

Odwołujący wskazał, że jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ, w tym odpowiedni dobór i opis kryteriów oceny ofert oraz sposobu ustalenia przez Zamawiającego ostatecznej ceny ofertowej jako elementu znaczącego i warunkującego wybór oferty najkorzystniejszej, czyli przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny. To między innymi ww. elementy decydują o tym, czy postępowanie można uznać za czyniące zadość podstawowym zasadom PZP. Warunkiem zachowania zasady przejrzystości i zapewnienia uczciwej konkurencji jest takie ustalenie kryteriów, które pozwalają będą na wybór oferty najkorzystniejszej, w szczególności w jaki sposób Zamawiający będzie ustalać, która oferta jest najkorzystniejsza. W ocenie Odwołującego niezupełność i niejednoznaczność postanowień SWZ wymogów tych nie spełnia i stanowi nieusuwalną wadę postępowania. Postanowienia SWZ muszą pozwolić na przeprowadzenie obiektywnego procesu oceny każdej oferty, a więc muszą pozwalać na porównanie złożonych ofert, a wynik tego porównania ma jednoznacznie wskazywać, która oferta jest lepsza.

W ocenie Odwołującego, metodologia przyjęta przez Zamawiającego powyższych cech nie wykazuje. Brak jest przede wszystkim wzoru w §14 ust. 2 SWZ, do którego bezpośrednio nawiązuje § 18 ust. 12 pkt 10 SWZ. Zamawiający według tylko sobie znanych zasad dokonał przeliczenia, o którym mowa w ww. postanowieniu SWZ.

Odwołujący z ostrożności wskazał, że ewentualnym argumentem do obrony Zamawiającego nie może być to, że wykonawcy w toku postępowania nie sformułowali pytań czy też wątpliwości do zapisów zawartych w treści SWZ. Dla oceny prawidłowości prowadzonego postępowania oraz ewentualnych konsekwencji stwierdzonych w jego toku naruszeń, bez znaczenia jest bowiem czy na etapie przed złożeniem ofert wykonawcy dostrzegli nieprawidłowości i sprzeczności w zapisach SWZ i zgłosili je Zamawiającemu, czy też nie. Okoliczności te nie wyłączają możliwości unieważnienia postępowania po złożeniu ofert (tak m.in. uchwała KIO z dnia 22 listopada 2022 r., KIO/KD 32/22).

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że postanowienia SWZ są prawidłowe i brak jest podstaw do unieważnienia postępowania, to oferta PESA została wybrana w sposób wadliwy. Kwota, którą PESA Mińsk Mazowiecki S.A. zaproponowała podczas aukcji w dniu 02.11.2023 roku wynosi 8.822.000,00 zł netto (10.851.060,00 zł brutto). Zgodnie z § 18 ust. 8 SWZ, do którego Zamawiający zobowiązał się zastosować, gdy w dniu 09.11.2023 roku unieważnił czynność wyboru oferty z dnia 02.11.2023 roku, Zamawiający powinien był obliczyć upust w stosunku do wartości ceny brutto zaoferowanej w formularzu ofertowym (11.109.360,00 zł brutto), a następnie obniżyć wszystkie ceny jednostkowe o ustalony procent upustu. Różnica pomiędzy ceną ofertową, a ceną wynikającą z aukcji wynosi 2,33% i o taki współczynnik Zamawiający powinien był obniżyć ceny jednostkowe. W konsekwencji cena całościowa oferty powinna zostać obniżona o 252.829,70 zł brutto i wynosić 10.598.230,30 zł brutto. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powyższego zaniechał i wniosek ten w sposób jednoznaczny wynika z Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 09.11.2023 roku. Zamawiający przyznał bowiem ofercie złożonej przez Odwołującego taką samą ilość punktów, jak podczas wyboru oferty w dniu 02.11.2023 roku, czyli 95,33 punktów. Gdyby Zamawiający obniżył cenę oferty PESA złożoną podczas aukcji o 2,33%, tj. do kwoty 10.598.230,30 zł brutto, to oferta złożona przez Odwołującego w kwocie 11.381.436,00 zł brutto powinna otrzymać 93,11 punktów. Zamawiający w sposób nieprawidłowy obliczył cenę wybranej oferty i dokonał jej zawyżenia, czym naruszył art. 16 pkt 1 i 2 PZP oraz art. 239 ust. 1 i 2 PZP. Tym samym Zamawiający nie wybrał oferty, która była najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, że powyższa argumentacja odwołania opiera się na założeniu Odwołującego, że Zamawiający przyznał ofercie Odwołującego punktację, dzieląc kwotę najniższej oferty PESA (10.851.060,00 zł brutto) przez kwotę oferty złożonej przez Odwołującego (11.381.436,00 zł brutto). Co istotne, SWZ nie zawiera wzoru do obliczenia punktacji poszczególnych ofert, choć Zamawiający przyznał punkty poszczególnym ofertom.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie naprawy piątego poziomu utrzymania PU5 autobusów szynowych serii SA103, o numerach 001 oraz 002 Typu 214Ma” (dalej „Postępowanie”).

Izba ustaliła, że w SWZ, w Informacjach ogólnych, Zamawiający wskazał, że przewiduje wybór oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznie, o której mowa w art. 227-238 ustawy Pzp, pod warunkiem, że zostaną złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Izba ustaliła, że w §14 SWZ, Opis kryteriów oceny ofert, badania i oceny ofert, Zamawiający wskazał, że celu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający przyjął cenę oferty jako jedyne kryterium oceny ofert. Jako najkorzystniejsza zostanie wybrana oferta (niepodlegająca odrzuceniu) z najniższą ceną. Zamawiający przewiduje wybór oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej, pod warunkiem, że zostaną złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu w zakresie przedmiotowego postępowania.

Izba ustaliła, że w §18 SWZ, Zamawiający opisał aukcje elektroniczną. Zamawiający wskazał m.in.:

•W zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej Zamawiający poinformuje Wykonawców o:

- 1)wyniku badania i oceny oferty wykonawcy,;
- 2)miejscu przeprowadzenia aukcji aukcja zostanie przeprowadzona na Platformie pod adresem <https://polregio.eb2b.com.pl/>;
- 3)minimalnych wartości postępień składanych w toku aukcji elektronicznej;
- 4)terminie otwarcia aukcji elektronicznej;
- 5)terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej;
- 6)spособie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej;
- 7)formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości.
 - od momentu otwarcia aukcji elektronicznej do momentu jej zamknięcia każdy Wykonawca może złożyć dowolną liczbę postępień.
 - kryterium oceny ofert, które będzie stosowane w toku aukcji elektronicznej, jest cena oferty brutto;
 - po uzyskaniu w wyniku aukcji ostatecznej ceny brutto, Zamawiający obliczy upust w stosunku do wartości ceny brutto zaoferowanej w formularzu ofertowym (w procentach), a następnie obniży wszystkie ceny jednostkowe o ustalony procent upustu (z dokładnością do 2 miejsc po przecinku);
 - Minimalny krok postąpienia: 100 zł.
 - Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował automatyczne przeliczanie postępień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji;
 - w toku aukcji elektronicznej ocenie poddawana będzie cena oferty netto obliczona przez Platformę w taki sam sposób, jak należy obliczyć cenę oferty złożoną na formularzu ofertowym w terminie składania ofert (zgodnie z §13 ust. 3); w związku z powyższym Zamawiający wprowadzi na Platformie w formularzu elektronicznym wszystkie ceny jednostkowe netto z każdej złożonej oferty, które to ceny będą wyjściową do składania postępień w aukcji; formularz elektroniczny po każdorazowej zmianie cen jednostkowych i ich zatwierdzeniu przez Wykonawcę, obliczy cenę oferty netto i punktację zgodnie ze wzorem w §14 ust. 2; po zakończeniu aukcji Zamawiający doliczy do ceny oferty netto wartość podatku VAT według stawki przyjętej przez Wykonawcę do obliczenia ceny oferty (brutto) w formularzu ofertowym;
 - postąpienia składane w toku aukcji elektronicznej będą podlegały automatycznej ocenie i klasyfikacji; Wykonawca na bieżąco będzie otrzymywał informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła, że w formularzu ofertowym, Zamawiający wymagał podania następujących informacji:

Lp.	Wyszczególnienie prac dodatkowych dla pojazdu SA 103-001	Cena jednostkowa [netto w PLN]	Współczynnik	Max. liczba sztuk	Wartość [netto w PLN] CxDxE
-----	--	--------------------------------	--------------	-------------------	-----------------------------

Zamawiający określił współczynniki dla każdej z wymaganych prac podlegających wycenieniu w formularzu ofertowym.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu złożone zostały cztery oferty:

- PESA Mińsk Mazowiecki S.A. na kwotę 11.109.360,00 zł brutto,
- Public Transport Service Sp. z o.o. na kwotę 11.381.436,00 zł brutto,
- konsorcjum RS Mobility Sp. z o.o. i CSI INVEST Sp. z o.o. na kwotę 18.050.865,00 zł brutto,
- Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. kom. na kwotę 18.936.834,00 zł brutto.

Izba ustaliła, że Zamawiający zaprosił wszystkich w/w wykonawców do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej w dniu 11.09.2023 roku. Do aukcji tej przystąpiło dwóch oferentów: Odwołujący oraz PESA. W toku aukcji złożono kilkadziesiąt postępień. W dniu 29.09.2023 roku Zamawiający unieważnił czynność przeprowadzenia aukcji elektronicznej z dnia 11.09.2023 roku, uzasadniając to tym, że po zamknięciu tej aukcji nie był możliwy wybór najkorzystniejszej oferty, ponieważ ostatnie postąpienie w aukcji zostało złożone przez PESA pod wpływem błędu w rozumieniu art. 84 § 2 k.c., co uniemożliwiło złożenie kolejnych postępień przez innych wykonawców biorących udział w aukcji.

Izba ustaliła, że w dniu 04.10.2023 roku Zamawiający powtórzył aukcję elektroniczną, do której przystąpił tylko jeden wykonawca – PESA Mińsk Mazowiecki S.A. W tym samym dniu Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PESA.

Izba ustaliła, że powyższa czynność Zamawiającego została zaskarżona przez Odwołującego. Przed rozpoczęciem rozprawy Zamawiający uznał w całości odwołanie wniesione przez Odwołującego (sprawa o sygn. akt: KIO 3007/23).

Izba ustaliła, że przedmiotem zarzutów podniesionych przez Odwołującego nie były postanowienia SWZ zawarte w §18 ust. 12 pkt 10 SWZ ani w § 14 ust. 2 SWZ.

Izba ustaliła, że w dniu 02.11.2023 roku Zamawiający ponownie przeprowadził aukcję, podczas której jedyną ofertę złożyła PESA. Przed rozpoczęciem aukcji Odwołujący występował do Zamawiającego o unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP, wskazując, że jest ono dotknięte nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Izba ustaliła, że w dniu 03.11.2023 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty PESA na kwotę 10.851.060,00 zł brutto przyznając jej 100 punktów. Oferta złożona przez Odwołującego na kwotę 11.381.436,00 zł brutto otrzymała 95,33 punktów. Pismem z dnia 07.11.2023 roku Odwołujący wskazał Zamawiającemu, że ocena oraz wybór ofert są wadliwe jako naruszające m.in. § 18 ust. 8 SWZ, a ponadto, że postępowanie powinno zostać unieważnione.

Izba ustaliła, że w dniu 09.11.2023 roku Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 03.11.2023 roku z powodu błędnie podanej ostatecznej ceny oferty PESA. Zamawiający oświadczył ponadto, że dokona ponownego przeliczenia oferty PESA uwzględniając odpowiednie postanowienia § 18 SWZ.

Izba ustaliła, że w dniu 09.11.2023 roku Zamawiający dokonał ponownej oceny i wyboru ofert. Oferta złożona przez PESA otrzymała 100 punktów, oferta złożona przez Odwołującego otrzymała 95,33 punktów, a więc tyle samo, co podczas wyboru oferty dokonanej w dniu 03.11.2023 roku.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego są niezasadne, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Zgodnie z art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Istota argumentacji Odwołującego sprowadzała się do stwierdzenia, że w SWZ brak jest określenia w sposób jednoznaczny sposobu obliczenia ceny, w tym określenia formuły obliczenia ceny w §14 ust. 2 SWZ.

Zdaniem Izby, zarzuty powyższe są zarzutami, które w istocie zmierzają do kwestionowania postanowień SWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny, a tym samym są zarzutami spóźnionymi. Termin na wniesienie odwołania co do zapisów SWZ należy liczyć od dnia publikacji SWZ przez Zamawiającego. Terminowi temu Odwołujący uchybił. Odwołujący również miał możliwość rozwiania swoich wątpliwości i mógł skorzystać z ustawowego przywileju określonego w art. 135 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zwrócenie się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie kwestii dotyczących sposobu obliczenia ceny. Odwołujący z przedmiotowego przywileju nie skorzystał i nie złożył wniosku o wyjaśnienie treści SWZ. W konsekwencji, zarzuty podnoszone obecnie przez Odwołującego są, w ocenie Izby, spóźnione. Co więcej należy podkreślić, że Odwołujący uczestniczył w aukcji elektronicznej w dniu 11 września 2023 r. składając kilkadziesiąt postąpień, a następnie wobec jej unieważnienia i przeprowadzenia aukcji 4 października 2023 r. domagał się również jej unieważnienia, w związku z czym wniósł odwołanie w dniu 9 października 2023 r. Zakres zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 9 października 2023 r. wskazuje, że Odwołujący nie miał żadnych wątpliwości co do sposobu obliczenia ceny poszczególnych wykonawców w zakresie obecnie kwestionowanym, bowiem zarzuty odnoszą się wyłącznie do braku możliwości obniżenia cen jednostkowych. W konsekwencji, obecne działania Odwołującego zmierza *de facto* przywrócenia terminu na kwestionowanie postanowień SWZ oraz do niezasadnego unieważnienia postępowania w celu umożliwienia wykonawcy ponownego ubiegania się o zamówienia. Takie działanie nie zasługuje na ochronę, bowiem Odwołujący pomimo zagwarantowania mu w ustawie Pzp szeregu narzędzi, z których mógł skorzystać w toku prowadzonego postępowania do kwestionowania postanowień i czynności Zamawiającego w zakresie obecnie podnoszonym nie skorzystał z nich, tym samym aprobeując kształt przyjętych przez Zamawiającego rozwiązań w zakresie sposobu obliczenia ceny.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących rzekomych niejasności postanowień SWZ dotyczących §14 ust. 2 SWZ w zw. z §18 ust. 8 SWZ i braku możliwości obliczenia cen ofertowych wykonawców, Izba uznała, że podniesione przez Odwołującego nieścisłości pozostają bez wpływu na prawidłowość postępowania Zamawiającego. W istocie Odwołujący nie wykazał, na czym polegał błąd Zamawiającego w obliczeniu ceny ofertowej wykonawców i jak brak określenia matematycznej formuły w §14 ust. 2 SWZ wypłynął na wynik postępowania przetargowego, w sytuacji gdy jedynym kryterium oceny ofert była cena, zaś wszelkie współczynniki które były uwzględnione przy jej obliczeniu i zastosowane przez Zamawiającego były opisane w SWZ.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że zgodnie z §18 ust. 12 pkt 10 SWZ Zamawiający zobowiązany był do wprowadzenia na platformę w formularzu elektronicznym wszystkich cen jednostkowych netto z każdej złożonej oferty, które miały być

wyjściową do składania postąpień w aukcji. Formularz elektroniczny po każdorazowej zmianie cen jednostkowych i ich zatwierdzeniu przez Wykonawcę obliczyć miał cenę oferty netto i punktację zgodnie ze wzorem z §14 ust. 2 SWZ. Nie było sporne pomiędzy stronami, że w §14 ust. 2 SWZ Zamawiający nie określił wzoru/formuły. Jednakże z zapisów SWZ, w tym §14 SWZ wynika w sposób jednoznaczny, że jednym kryterium oceny ofert była cena, zaś z formularz oferty sposób obliczenia ceny wraz ze wskazaniem współczynników przeliczenia w kolumnie D.

Po drugie, przywołana przez Odwołującego nieścisłość w dokumentach zamówienia poprzez odwołanie się w §18 ust. 12 pkt 10 SWZ do wzoru wyliczenia ceny z §14 ust. 2 nie ma wpływu na wynik postępowania i w żaden sposób nie wpływa na niemożliwość ustalenia najniższej zaoferowanej ceny. Odwołujący pomija okoliczność, że cena to jedyne kryterium oceny ofert. Pomija również Odwołujący okoliczność, że to wykonawca wyceniał przedmiot zamówienia i to wykonawca szacował swoje możliwości związane z obniżeniem cen jednostkowych podczas aukcji elektronicznej. Pomija również Odwołujący okoliczność, że współczynnik korygujący „D” został jasno określony w formularzu oferty. Zatem ceny oferty i punktacja była w sposób jasny określona w SWZ. Czynność Zamawiającego polegała wyłącznie na technicznym przeliczeniu wartości określonych przez wykonawcę. Choć Zamawiający nie zwał w §14 ust. 2 SWZ formuły, ale ta formuła została opisana w SWZ. Ceny jednostkowe zaoferowane w ramach aukcji podlegały korygowaniu w oparciu o współczynnik z sekcji D Formularza oferty, co dawało cenę jednostkową. Zamawiający wyliczył poziom upustu zaoferowanego przez wykonawcę PESA, który to upust nie był kwestionowany przez Odwołującego. Co więcej, sam Odwołujący zdaje się mieć pełną świadomość sposobu obliczenia ceny przez Zamawiającego. W punkcie 27 odwołania Odwołujący opisuje mechanizm obliczenia ceny końcowej za realizacji zamówienia, po przeprowadzeniu aukcji. Odwołujący potwierdza tym samym, że miał wiedzę co do zasad jakie Zamawiający przyjął w zakresie wyliczenia upustu oraz sposobu ustalenia ceny za wykonania zamówienia ostatecznie zaoferowanej przez wykonawcę PESA.

Po trzecie, zgodnie z §18 ust. 8 SWZ oraz pkt 3 tiret 4 ww. zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w dniu 2 listopada 2023 r. została zawarta informacja, że po uzyskaniu w wyniku aukcji ostatecznej ceny brutto Zamawiający obliczy upust w stosunku do wartości ceny brutto zaoferowanej w formularzu ofertowym (w procentach), a następnie obniży wszystkie ceny jednostkowe o ustalony procent upustu (z dokładnością do 2 miejsc po przecinku). Wartość upustu była determinowana przez wykonawcę i to wykonawca przyjmował określoną strategię i wysokość postąpień w aukcji, które determinowały wartość upustu. Zamawiający wykonał w/w obliczenia w odniesieniu do wykonawcy PESA. Formuła, choć nie wyrażona w postaci jakiegoś wzoru matematycznego, jasno wynika ze SWZ. Odwołujący poza wskazaniem, że w §14 ust. 2 Zamawiający zaniechał wskazania wzoru, nie wykazał w żaden sposób, że taki brak ma jakikolwiek wpływ na poprawną ocenę ofert złożonych w postępowaniu i przebieg aukcji.

Po czwarte, jak wynika z akt postępowania, Zamawiający przekazał Odwołującemu informacje o cenie brutto wykonawcy PESA obliczonej stosownie do postanowień SWZ. Cena ta jest niższa od ceny zaoferowanej uprzednio przez Odwołującego, tj. 11.381.436,00 zł brutto. Okoliczności tą potwierdza protokół z przeprowadzonej trzeciej aukcji w postępowaniu. Zamawiający przedstawił również dowód w postaci tabeli zawierającej wyliczenia ceny oferty PESA i porównanie jej z ceną Odwołującego, zgodnie z postanowieniami SWZ (tj. obrazującego ceny jednostkowe, cenę łączną oraz cenę łączną pomniejszoną o 2,33%). Jak wyjaśnił Zamawiający, do pomniejszenia o 2,33% nastąpiło dopiero po przemnożeniu przez współczynnik określony dla danej ceny jednostkowej, który zawarty jest w formularzu ofertowym w SWZ (kolumna D). W konsekwencji, obliczenia Odwołującego i argumentacja dotyczące błędnego obliczenia przez Zamawiającego ceny za wykonania zamówienia w zakresie oferty wykonawcy PESA Izba uznaje za niezasadną. Odwołujący w tym zakresie pomija fakt, że Zamawiający przewidział w SWZ współczynnik dla danej ceny jednostkowej, który należało uwzględnić przed naliczeniem upustu 2.33%.

Po piąte, odnosząc się do rozważań Odwołującego w odniesieniu do idei czy formuły aukcji, Izba stwierdza, że te rozważania nie mają jakiegokolwiek znaczenia dla sprawy. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał naruszenia przepisów ustawy Pzp. Izba wskazuje, że żaden przepis ustawy Pzp nie zabrania Zamawiającemu wprowadzenia mechanizmu upustów w stosunku do cen określonych w ofercie czy tych wynikających z aukcji elektronicznej. Mechanizm ten został opisany przez Zamawiającego w SWZ, a na etapie publikacji SWZ Odwołujący nie kwestionował przyjętych przez Zamawiającego rozwiązań czy ich sprzeczności z bliżej nieokreślonymi przez Odwołującego ideami czy formułą aukcji elektronicznej. W konsekwencji Izba uznała stanowisko Odwołującego za niezasadne.

Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej. Argumentacja Odwołującego w zasadniczej części jest argumentacją spóźnioną, bowiem wykonawca kwestionuje postanowienia SWZ na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Ponadto, zdaniem Izby, twierdzenia Odwołującego, że dokumentacja przetargowa nie przewiduje wzoru do obliczenia ceny ofertowej, która stanowić ma podstawę wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, co stanowi wadę postępowania i winno skutkować jego unieważnieniem, są oparte wyłącznie na wycinkowej interpretacji SWZ. Odwołujący w swojej argumentacji pomija uregulowania zawarte w §18 pkt 8, które opisują sposób obliczenia ceny. Wskazana przez Odwołującego nieścisłość w SWZ z §18 ust. 12 pkt 10 i zawarta tam referencja do §14 pkt 2 SWZ stanowi wyłączne

nieścisłość zapisów SWZ, niemającą wpływu na wynik postępowania. Odwołujący w SWZ miał wszystkie informacje na podstawie których Zamawiający dokonywał obliczenia cen ostatecznej w oparciu o ceny jednostkowe oraz przyjęte przez Zamawiającego współczynniki, które również były jednoznacznie określone w SWZ. Zamawiający nie dokonał żadnych działań, które nie wynikają ze postanowień SWZ. Wykonawca zmieniał ceny jednostkowe podczas aukcji i je zatwierdzał i na ich podstawie obliczona została ceną oferty netto. Punktacja zgodnie ze wzorem §14 ust. 2 do której znajduje się referencja w §18 ust. 12 pkt 10 nie ma znaczenia dla sprawy, bowiem jednym kryterium oceny ofert w postępowaniu był cena, zaś współczynniki korygujące zostały określone w SWZ. Zatem nie ma podstaw do stwierdzenia wadliwości SWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny.

Wobec braku potwierdzenia zasadności zarzutu naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, niezasadny jest zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 PZP poprzez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie unieważnienia postępowania. Odwołujący nie wykazał bowiem, że postępowania jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał na nieścisłość w zapisach SWZ, które pozostaje bez wpływu na prawidłowość postępowania Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: