

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2015 roku przez wykonawcę **INDUSTRIAS MECANO ELÉCTRICAS FONTECHA YÉBENES, S.L. (IMEFY S.L.)**, Poligono industrial „La Cañada”, Avda,. Siglo XXI s/n , E 45470 Los Yebenes Toledo, Hiszpania w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A. ul. Garbarska 21A, 20 – 340 Lublin**

przy udziale wykonawcy **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 5, unieważnienie przeprowadzonej aukcji elektronicznej dla zadania nr 5, unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej dla zadania nr 5, oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, dokonanie ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej dla zadania nr 5 oraz wyboru oferty najkorzystniejszej
2. Kosztami postępowania obciąża **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20 – 340 Lublin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **INDUSTRIAS MECANO ELÉCTRICAS FONTECHA YÉBENES, S.L. (IMEFY S.L.)**, Poligono industrial „La Cañada”, Avda,. Siglo XXI s/n , E 45470 Los Yebenes Toledo, Hiszpania tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od **PGE Dystrybucja S.A. ul. Garbarska 21A, 20 – 340 Lublin** na rzecz **INDUSTRIAS MECANO ELÉCTRICAS FONTECHA YÉBENES, S.L. (IMEFY S.L.), Poligono industrial „La Cañada”, Avda,. Siglo XXI s/n, E 45470 Los Yebenes Toledo, Hiszpania** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawy transformatorów SN/nN na potrzeby Oddziałów PGE Dystrybucja S.A. w 2015 roku”.

Odwołujący INDUSTRIAS MECANO ELÉCTRICAS FONTECHA YÉBENES, S.L. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu ręcznego obliczenia punktacji ofert w zadaniu nr. 5 oraz wyboru, jako oferty najkorzystniejszej dla zadania nr. 5 przedmiotowego postępowania oferty Siemens Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów Ustawy: 1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 w zw. z art. 91 a ust. 1 w zw. art. 91 a ust. 3 Ustawy poprzez niedozwoloną czynność Zamawiającego, tj. dokonanie ręcznego przeliczenia ofert w oparciu o reguły (sposób obliczenia) nie wskazane w SIWZ ani w zaproszeniu do aukcji elektronicznej, podczas gdy przepis stanowi, iż kryterium oceny ofert są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego; 2. art. 80 ust. 2 Ustawy w zw. z art. 91c ust. 5 Ustawy poprzez nie podanie bezpośrednio po zamknięciu aukcji elektronicznej, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, którego ofertę wybrano dla zadania nr.5. 3. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w związku z art. 91 a ust.3 w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez dokonanie ręcznego obliczenia punktacji ofert w oparciu o reguły (sposób obliczenia) i algorytm nieprzewidziane w SIWZ ani w zaproszeniu do udziału w aukcji, nierówne traktowanie wykonawców, jak również dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; ewentualnie w przypadku nie uznania powyższych zarzutów za zasadne, zarzucam naruszenie 4. art. 91c ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie spełnienia obowiązku przekazywania na bieżąco w toku aukcji elektronicznej Wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr. 5, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem rankingu ofert wygenerowanego przez platformę aukcyjną, ewentualnie w przypadku uznania naruszenia art. 91c ust. 3 Ustawy, o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia przeprowadzonej aukcji elektronicznej dla zadania nr. 5, unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej dla zadania nr. 5 i nakazania Zamawiającemu dokonania ponownego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej oraz ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej dla zadania nr. 5. oraz

wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący uznał, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 i 2, art. 91a ust.3, art. 80 ust. 2 w zw. z art. 91c ust 5, art. 91c ust. 3, art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91a ust.3 w zw. z art. 91c ust. 3 Ustawy.

Odwołujący w treści odwołania zwrócił uwagę na poniższe okoliczności: 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 treści art. 91a ust. 3 Ustawy. Powyższe wskazuje, iż 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. Czynność aukcji elektronicznej nie jest odrębnym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz swoistą dogrywką elektroniczną, która następuje po dokonaniu oceny ofert w sytuacjach określonych w art. 91 a ust. 1 PrZamPubl. Aukcja elektroniczna winna być rozumiana, jako dodatkowy sposób dokonywania przez Zamawiającego oceny ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ punktu XXV SIWZ Zamawiający przewidział wybór najkorzystniejszej oferty w odniesieniu do zadania nr: 5, 6 i 7 z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Wykonawcy, których oferty nie podlegały odrzuceniu, otrzymali instrukcję obsługi systemu aukcyjnego w postaci „Podręcznika Oferenta” oraz login i hasło umożliwiające zalogowanie się do systemu. Przedmiotem aukcji elektronicznej miała być cena ofertowa [PLN] waga 100 %. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej miał obejmować przeliczanie zgłoszonych postąpień na punktową ocenę ofert w zakresie kryterium „cena ofertowa”. W trakcie aukcji elektronicznej system na bieżąco udostępnia wszystkim Wykonawcom informacje o pozycji złożonych przez nich ofert. Zamknięcie aukcji elektronicznej miało nastąpić wraz z upływem podstawowego czasu trwania aukcji elektronicznej - pod warunkiem, że w ciągu ostatnich 5 minut trwania aukcji nie nastąpi nowe postąpienie. Jeżeli w ciągu ostatnich 5 minut czasu trwania aukcji elektronicznej zostałaby złożona nowa oferta (zgłoszone nowe postąpienie) aukcja uległaby automatycznie przedłużeniu o 5 minut plus liczba sekund dopełniająca rozpoczętą minutę od chwili złożenia nowej oferty, o ile nie nastąpi nowe postąpienie.

Jako najkorzystniejsza miała zostać wskazana oferta, która po zakończeniu aukcji uzyskała największą ilość punktów. Wykonawcy zobowiązani byli do niezwłocznego pisemnego potwierdzenia ostatecznej ceny oferty złożonej w trakcie aukcji.

Minimalna wartość postąpienia dla zadania nr. 5 wynosiła - 80.000,00 zł. Stosownie do treści zaproszenia, Zamawiający w toku aukcji elektronicznej zobowiązał się również do przekazywania na bieżąco każdemu Wykonawcy biorącemu udział w aukcji informacji o

pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Powyższe założenia wskazane przez Zamawiającego były podstawą do wprowadzenia odpowiednich parametrów, względem których system klasyfikował złożone oferty. Zgodnie z tymi parametrami oferta Odwołującego została sklasyfikowana przez system na pozycji nr. 1 i z takim stanem aukcja elektroniczna dla zadania nr. 5 została zakończona.

Po dokonaniu szczegółowej analizy przebiegu aukcji elektronicznej dla zadania nr. 5, z wygenerowanej z konsoli użytkownika przez system aukcyjny informacji wynikało, że oferta Odwołującego na chwilę zakończenia aukcji elektronicznej dla zadania nr. 5 była ofertą prowadzącą, sklasyfikowaną na 1 miejscu. Zgodnie z informacją, jaką dysponował w chwili zakończenia aukcji Odwołujący, jego oferta, była sklasyfikowana na 1 miejscu rankingu, była ofertą prowadzącą, a aukcja elektroniczna w ten sposób się zakończyła. Odwołujący wskazał, że do momentu poinformowania Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania nr. 5, Odwołujący nie miał wiedzy, iż w toku aukcji została złożona oferta Siemens, która jak wynika z uzasadnienia Zamawiającego, była o 89 zł niższa niż oferta Odwołującego. Zamawiający wskazał ponadto, iż platforma aukcyjna sklasyfikowała ofertę tego wykonawcy na pozycji nr. 2 według kryteriów określonych przez Zamawiającego, stąd też Odwołujący nie mógł mieć informacji o złożeniu takiej oferty-postąpienia, ani o tym iż, jak twierdzi Zamawiający, że oferta - postąpienie było korzystniejsze od oferty Odwołującego w oparciu o kryteria oceny ofert. Odwołujący podniósł, że Zamawiający, powołując się na „zasadę należytej staranności” dokonał ręcznych obliczeń punktacji ofert przyjmując do obliczeń dokładność 1/1000 pkt. Powyższe działanie Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, nie znajduje uzasadnienia w przepisach Ustawy, jak również w postanowieniach SIWZ, bądź zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Brak jest bowiem przepisów Ustawy umożliwiających Zamawiającemu ingerencję w tak zautomatyzowany sposób przeprowadzenia tej oceny, już po odbytej aukcji. Brak jest instrumentów pozwalających na zmianę sposobu oceny ofert dokonanej przez platformę aukcyjną, w przypadku w którym aukcja przebiegała w sposób prawidłowy. Jak podkreślał Odwołujący, Zamawiający do dokonania obliczeń zupełnie bezzasadnie przyjął dokładność 1/1000 pkt, podczas gdy w toku aukcji elektronicznej podawał punktację z dokładnością do 1/100 pkt, a zatem należy domniemywać, iż system aukcyjny z taką dokładnością dokonywał oceny ofert, a w oparciu o ocenę - ich klasyfikacji. Na powyższe wskazuje przede wszystkim fakt, iż Zamawiający z dokładnością 1/100 przekazywał wykonawcom informacje dotyczące pozycji ich oferty w rankingu ofert, jak również punktacji oferty.

W ocenie Odwołującego, przyjęcie przez Zamawiającego na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej innego sposobu obliczenia punktacji ofert wykonawców niż wskazany w SIWZ, zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej oraz będący podstawą oceny ofert w

toku aukcji stanowi rażące naruszenie przepisów Ustawy, w szczególności art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 w zw. z art. 91 a ust. 1 w zw. art. 91 a ust. 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 i wypacza sens prowadzenia aukcji elektronicznej.

Odwołujący podkreślał, że w przedmiotowym stanie faktycznym, w oparciu o kryteria oceny (reguły obliczania punktacji) ofert obowiązujące podczas aukcji elektronicznej oferta Odwołującego była najkorzystniejsza i z takim wynikiem aukcja dla zadania nr. 5 została zakończona. Tym samym, w ocenie Odwołującego, wybór oferty innego wykonawcy niż Odwołujący, w szczególności oferty wykonawcy, co do której istnienia Odwołujący nie miał informacji, a która to oferta w oparciu o parametry obowiązujące w toku aukcji elektronicznej została sklasyfikowana na pozycji nr. 2, potwierdza brak zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, jak również stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 Ustawy.

Naruszenie art. 80 ust. 2 Ustawy w zw. z art. 91c ust. 5 Ustawy

Odwołujący podniósł okoliczność, że Zamawiający bezpośrednio po zamknięciu aukcji elektronicznej, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nie podał nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, którego ofertę wybrał dla zadania nr. 5. Informacja taka pojawiła się na stronie Zamawiającego dopiero w dniu 6.03.2015r., podczas gdy aukcja została przeprowadzona w dniu 20.02.2015r. Zaniechanie w tym zakresie ze strony Zamawiającego, stanowi, w ocenie Odwołującego, rażące naruszenie przepisów Ustawy oraz uzasadnia nierówne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego, bowiem żaden z uczestników aukcji elektronicznej poza Wykonawcą Siemens oraz Zamawiającym, nie miał informacji, iż w toku aukcji została złożona oferta (sklasyfikowana przez platformę aukcyjną na miejscu nr. 2), która następnie została wybrana przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91c ust. 3 ustawy. Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazał, że stosownie do brzmienia art. 91c ust. 3 Zamawiający zobowiązany był do przekazywania na bieżąco w toku aukcji elektronicznej Wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Jeśli zdaniem Zamawiającego w toku aukcji została złożona oferta korzystniejsza niż oferta Odwołującego, Zamawiający zobowiązany było do poinformowania Odwołującego o złożeniu takiej oferty niezwłocznie po jej złożeniu, w trakcie trwania aukcji elektronicznej, co umożliwiłoby Odwołującemu reakcję w postaci złożenia kolejnego postąpienia. Jak podkreślił Odwołujący, obowiązkiem Zamawiającego w niniejszym postępowaniu było unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie

ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem rankingu ofert wygenerowanego przez system aukcyjny.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Izba ustaliła, że Zamawiający przekazał Odwołującemu w formie elektronicznej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 06 marca 2015 roku. Odwołanie zostało wniesione 17 marca 2015 roku, a więc po upływie przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 10 dniowego terminu na jego wniesienie. Odwołujący załączył do pisma procesowego wydruki zawierające informację o niemożności przesłania odwołania poprzez e-PUAP do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2015 roku, a więc w ostatnim dniu terminu na wniesienie odwołania. Nadto przedstawił informację z dnia 19 marca 2015 r. podpisaną przez B. S. z Centrum Projektów Informatycznych, zgodnie z którą: „W związku z wdrażaniem systemu ePUAP2 w dniu 16 marca 2015 r. system ePUAP nie działa prawidłowo, co skutkowało brakiem możliwości wysyłania dokumentów. Ponadto prowadzone prace mogą dodatkowo skutkować obniżoną wydajnością systemu, niekiedy brakiem dostępności spowodowanym pracami w obrębie jednego z ośrodków na których funkcjonuje obecnie system ePUAP.” Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione skutecznie. W ocenie Izby każdy z wykonawców powinien mieć zapewnioną możliwość przesłania odwołania przez cały okres przewidziany w ustawie na jego wniesienie. Taką możliwość przewiduje elektroniczna platforma e-PUAP. W sytuacji, gdy przesłanie odwołania poprzez platformę e-PUAP zostaje uniemożliwione z przyczyn dotyczących operatora platformy, Wykonawca powinien mieć możliwość złożenia odwołania bezzwłocznie po naprawieniu platformy. Należy zauważyć, że w okolicznościach niniejszej sprawy wykonawcom nie została przekazana informacja o tym, że mogą wystąpić utrudnienia w przesyłaniu odwołania za pośrednictwem platformy, jak również o tym, że trwają prace, które mogą uniemożliwić przesłanie odwołania za pośrednictwem platformy. Zatem Wykonawca nie mógł wcześniej zaplanować i zorganizować przesłania odwołania w inny, dopuszczony przez ustawę sposób. Wykonawca, wobec nieprawidłowo lub w ogóle nie działającej platformy został pozbawiony możliwości wniesienia odwołania w czasie, gdy przysługiwał mu termin na wniesienie odwołania. W ocenie Izby za bezpodstawne należy uznać twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, że Odwołujący jako profesjonalista powinien wcześniej wysłać odwołanie. Należy zauważyć, że każdemu wykonawcy przysługuje przewidziany w ustawie termin na przesłanie odwołania i termin ten nie może być skracany, ani też wykonawca nie może zostać tego terminu pozbawiony, np. poprzez niezapowiedziane działania operatorów platformy, powodujące niemożność przesyłania pism za jej pośrednictwem. W ocenie Izby, skoro Odwołujący wykazał, że został pozbawiony możliwości wniesienia odwołania w terminie wskazanym w ustawie z powodów dotyczących

nieprawidłowości platformy e-Puap, przy czym brak było jakiegokolwiek informacji o mogących wystąpić utrudnieniach, należy uznać za skuteczne odwołanie wniesione w dniu następnym.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu. Wziął udział w aukcji elektronicznej. Jego oferta została sklasyfikowana przez system aukcyjny na pierwszym miejscu. W przypadku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła, że w treści zaproszenia określono, że „Zamawiający w przypadku złożenia przez Wykonawców na platformie aukcyjnej jednakowych ofert cenowych, uzna za najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy, który zaoferował ją jako pierwszy. Ranking w systemie jest odzwierciedleniem powyższego zapisu.”

Zgodnie z postanowieniami SIWZ (rozdział XXIV. Aukcja elektroniczna pkt 8 lit. F) w trakcie aukcji elektronicznej system na bieżąco udostępnia wszystkim Wykonawcom informacje o pozycji złożonych przez nich ofert. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej system nie ujawnia informacji umożliwiających identyfikację Wykonawców.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału XVIII pkt 5 SIWZ, za najkorzystniejszą w danym zadaniu zostanie uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów, stosownie do wzoru przedstawionego w tym rozdziale.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału XVIII pkt 6 SIWZ, jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny oraz innych kryteriów oceny ofert, Zamawiający zgodnie z art. 91 ust. 4 ustawy, spośród tych ofert wybierze ofertę z najniższą ceną.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału XXIV punkt 9 SIWZ, jako najkorzystniejsza zostanie wskazana oferta, która po zakończeniu aukcji uzyskała największą ilość punktów. Wykonawcy zobowiązani są do niezwłocznego pisemnego potwierdzenia ostatecznej ceny oferty złożonej w trakcie aukcji. Wykonawca uczestniczący w aukcji dostarczy Zamawiającemu w formie pisemnej ostateczną ofertę oraz ostateczną specyfikację cenową dla każdej części zamówienia, podlegającej procesowi aukcyjnemu, tj. na które złożył uprzednio ofertę.

Odwołujący złożył postąpienie, w wyniku którego jego oferta opiewała na kwotę 5.203.489,00 zł i system przyznał jej pierwszą pozycję w rankingu. Następnie Wykonawca Siemens złożył postąpienie, w wyniku którego cena jego oferty wynosiła 5.203.400,00 zł, co oznaczało, że powinna zostać zaklasyfikowana przez system aukcyjny na pozycji 1. Tak się jednak nie stało, z uwagi na okoliczność, że system przyznał każdej z ofert po 95 punktów. Nadto różnica w cenie oferty Wykonawcy Siemens i Odwołującego wynosiła 89 złotych, co przy oferowanych kwotach rzędu powyżej 5 mln złotych jest na tyle niewielką kwotą, że wpływa na przyznawaną punktację w taki sposób, że Odwołujący winien uzyskać 94,99 punktów, zaś Wykonawca Siemens 95 punktów. Jednocześnie system dokonał zaokrąglenia matematycznego przyznając jednocześnie obydwu Wykonawcom w kryterium cena jednakową ilość punktów: 95. System sklasyfikował na pozycji pierwszej ofertę Odwołującego, gdyż ten zaoferował najniższą cenę, system przyznał ofercie 95 punktów, a następnie w chwili, gdy postąpienie złożył Wykonawca Siemens i system przyznał tej ofercie także 95 punktów, system uznał, że są to oferty o takiej samej liczbie punktów i ofercie Wykonawcy Siemens przyznał drugą lokatę z uwagi na fakt, że oferta ta została złożona jako druga.

Co najważniejsze, system aukcyjny został zaprogramowany w taki sposób, że nie odzwierciedlał powyżej zacytowanego postanowienia SIWZ, zgodnie z którym „Zamawiający w przypadku złożenia przez Wykonawców na platformie aukcyjnej jednakowych ofert cenowych, uzna za najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy, który zaoferował ją jako pierwszy.” Z postanowienia SIWZ wynikało, że system aukcyjny jedynie w sytuacji, gdy wykonawcy złożąby jednakowe oferty cenowe mógł sklasyfikować na pierwszym miejscu (jako najkorzystniejszą) ofertę tego Wykonawcy, który zaoferował ją jako pierwszy. W niniejszym postępowaniu nie zostały złożone oferty jednakowe cenowo. System sklasyfikował na pierwszym miejscu ofertę tego Wykonawcy, której system przyznał jednakową ilość punktów. Zatem w niniejszym postępowaniu wykonawcy złożyli oferty, którym system przyznał jednakową ilość punktów i sklasyfikował na pierwszym miejscu (jako najkorzystniejszą) ofertę tego Wykonawcy, który zaoferował ją jako pierwszy, mimo, że oferta cenowa tego Wykonawcy była wyższa od oferty wykonawcy Siemens. Jednak, co należy podkreślić ponownie, system nie uwzględnił okoliczności, że nie są to oferty jednakowe cenowo i nie powinien był przyznać pierwszego miejsca ofercie Odwołującego.

Należy także zauważyć, że Przystępujący Siemens wyjaśnił (czemu nie zaprzeczył Zamawiający), że Wykonawcy w trakcie aukcji posiadają informację generowaną przez system, dotyczącą punktacji ich oferty, miejsca ich oferty oraz ceny oferty najkorzystniejszej. Wykonawca z ceną najkorzystniejszą nie ma natomiast żadnej informacji o cenach pozostałych wykonawców. Oznacza to, że cena wykonawcy Odwołującego, jako

sklasyfikowanego na pozycji nr 1 był widoczna dla wszystkich uczestników aukcji, natomiast Odwołujący, będąc sklasyfikowanym przez system aukcyjny na pozycji 1, nie miał żadnej możliwości obiektywnej oceny sytuacji, nie miał możliwości zobaczyć cen pozostałych uczestników aukcji, w tym nie miał możliwości dostrzec, że jego oferta pomimo przyznania jej pierwszego miejsca jest niższa od oferty Wykonawcy Siemens.

Dlatego trafnie podniósł w odwołaniu Odwołujący, że do momentu poinformowania go o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 5, nie miał wiedzy, iż w toku aukcji została złożona oferta Siemens, która (o czym dowiedział się dopiero z uzasadnienia Zamawiającego) była o 89 zł niższa niż oferta Odwołującego. Odwołujący zwrócił także uwagę, że platforma aukcyjna sklasyfikowała ofertę wykonawcy Siemens na pozycji nr 2 według kryteriów określonych przez Zamawiającego, stąd też Odwołujący nie mógł mieć informacji o złożeniu takiej oferty-postąpienia, ani o tym że - jak twierdzi Zamawiający - oferta (postąpienie) Wykonawcy Siemens było korzystniejsze od oferty Odwołującego w oparciu o kryteria oceny ofert.

Błąd systemu nie został w żaden sposób naprawiony przez Zamawiającego.

Z tego też względu Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91c ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do brzmienia tego artykułu, Zamawiający zobowiązany był do przekazywania na bieżąco w toku aukcji elektronicznej Wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. W sytuacji, gdy w toku aukcji została złożona oferta korzystniejsza niż oferta Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był do poinformowania Odwołującego o złożeniu takiej oferty niezwłocznie po jej złożeniu, w trakcie trwania aukcji elektronicznej, co umożliwiłoby Odwołującemu reakcję w postaci złożenia kolejnego postąpienia. Zamawiający naruszając dyspozycję powyżej przytoczonego przepisu, uniemożliwił Odwołującemu reakcję w postaci złożenia kolejnego postąpienia, a tym samym naruszył zasady aukcji elektronicznej.

Co więcej, Zamawiający dokonał dodatkowego przeliczenia i przyznania punktów, poza system aukcyjnym, w sytuacji, gdy powinny one zostać obliczone w trakcie trwania aukcji elektronicznej, a wiedza o nich i rzeczywistych pozycjach ofert powinna zostać podana do wiadomości uczestników aukcji bezpośrednio po zakończeniu aukcji. Trafnie zauważył Odwołujący, że Zamawiający nie był uprawniony do dokonywania dodatkowo takiego przeliczenia za system aukcyjny. Taka procedura nie została przewidziana ani w SIWZ, ani w innych dokumentach. Wprawdzie w treści SIWZ Zamawiający przewidział, że jeżeli nie będzie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny oraz innych kryteriów oceny ofert, Zamawiający zgodnie z art. 91 ust. 4 ustawy, spośród tych ofert wybierze ofertę z najniższą ceną, jednakże w

niniejszym postępowaniu podstawowe znaczenie ma okoliczność, że Odwołujący nie miał świadomości co do rzeczywistej pozycji jego oferty, tym samym nie mógł zdecydować o ostatecznej cenie swojej oferty (czy dokonać kolejnego postąpienia).

Nadto, w ocenie Izby rację ma Odwołujący, że wynik obliczeń Zamawiającego i programu aukcyjnego powinien dawać taki sam rezultat, skoro prowadzony był według tych samych zasad. Skoro wynik Zamawiającego jest inny, oznacza to, że wystąpił błąd albo w obliczeniach Zamawiającego, albo w danych wprowadzonych do systemu, a wówczas aukcja podlega unieważnieniu.

Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia art. 80 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł ten przewiduje, że bezpośrednio po zamknięciu licytacji elektronicznej zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano. Wprawdzie w niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział po aukcji elektronicznej procedurę potwierdzenia pisemnego oferty, jednak po przeprowadzonej aukcji, winien był, zgodnie z dyspozycją przywołanego przepisu, przedstawić wszelkie wymagane informacje. Zaniechanie w tym zakresie ze strony Zamawiającego, stanowi naruszenie obowiązku wynikającego z przepisów ustawy. Tym bardziej, że po zamknięciu aukcji żaden z uczestników aukcji elektronicznej poza Wykonawcą Siemens oraz Zamawiającym, nie miał informacji, iż w toku aukcji została złożona oferta (sklasyfikowana przez platformę aukcyjną na miejscu nr 2), która następnie została wybrana przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza. Żaden z uczestników aukcji (poza Wykonawcą Siemens, który takiej czynności dokonał), w tym Odwołujący, nie miał możliwości zwrócenia uwagi na nieprawidłowości w toku aukcji, podniesienia zarzutów co do zaistniałej sytuacji. Wskazanie na nieprawidłowości bezpośrednio po zamknięciu aukcji (gdyby wykonawcy mieli możliwość zapoznania się z jej wynikami bezpośrednio po jej zakończeniu, stosownie do art. 80 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), pozwoliłoby uniknąć dalszych negatywnych konsekwencji błędu, który wystąpił w trakcie aukcji elektronicznej. Zgodnie z postanowieniem rozdziału XXIV punkt 9 SIWZ, jako najkorzystniejsza zostanie wskazana oferta, która po zakończeniu aukcji uzyskała największą ilość punktów. Zatem już w SIWZ Zamawiający postanowił, że oferta przedstawiająca najkorzystniejszy bilans punktów po zakończeniu aukcji zostanie uznana za najkorzystniejszą. Należy zauważyć, że po zakończeniu aukcji oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, tj. w klasyfikacji systemowej, w oparciu o przyznane punkty została jej przyznana pierwsza pozycja i taki właśnie wynik powinien przedstawić Zamawiający bezpośrednio po zamknięciu aukcji elektronicznej. Skoro Zamawiający uznał, że wynik aukcji powinien być inny, jest odmienny od obliczeń Zamawiającego, powinien był unieważnić postępowanie aukcyjne.

Odwołujący podnosił, że w przedmiotowym stanie faktycznym, w oparciu o obliczenia systemu platformy aukcyjnej, oferta Odwołującego była najkorzystniejsza i z takim wynikiem aukcja dla zadania nr 5 została zakończona. Tym samym, zdaniem Odwołującego, wybór oferty innego Wykonawcy niż Odwołujący, w szczególności w sytuacji, gdy Odwołujący nie miał informacji, że oferta tego Wykonawcy zawiera niższą cenę oraz została sklasyfikowana na pozycji nr 2, potwierdza brak zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, jak również stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 Ustawy.

W ocenie Izby zarzut powyższy jest zasadny. Jednakże należy dodatkowo zaznaczyć, że postępowanie zostało w części dotknięte wadą, która uniemożliwiłaby zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Zamawiający nie może dokonać wyboru oferty Odwołującego, z uwagi na fakt, że nie jest to oferta najkorzystniejsza. Oferta ta zawiera bowiem cenę wyższą, niż oferta Wykonawcy Siemens i jako taka posiada mniejszą liczbę punktów. Natomiast dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Siemens spowodowałoby, że Zamawiający dokonałby wyboru tej oferty niezgodnie z postanowieniami wytworzonych przez siebie i udostępnionych wykonawcom dokumentów, w tym zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Jak wykazano powyżej, system błędnie (niezgodnie z zaproszeniem do aukcji elektronicznej) sklasyfikował ofertę Odwołującego na pierwszej pozycji, a tym samym Odwołujący nie miał informacji o tym, że w wyniku postąpienia została złożona oferta korzystniejsza. Mogło to wpłynąć na wynik postępowania w ten sposób, że gdyby posiadał informację o tym, że w wyniku postąpienia została złożona oferta korzystniejsza od jego oferty, w związku z czym jego oferta nie zajmuje pierwszej pozycji w rankingu, mógłby złożyć kolejne postąpienie i dokonać obniżenia oferowanej ceny. W takiej sytuacji postępowanie aukcyjne jest obarczone wadą.

Z powyżej wskazanych okoliczności Izba w treści sentencji wyroku nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 5, unieważnienie przeprowadzonej aukcji elektronicznej dla zadania nr 5, unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej dla zadania nr 5, oraz nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, dokonanie ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej dla zadania nr 5 oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 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 rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....