

**WYROK**  
**z dnia 9 sierpnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2019 r. przez odwołującego: **Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k.** (ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A.** (ul. Strzelców Bytomskich 207 41-914 Bytom),

przy udziale wykonawcy: **Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o.** (ul. Nakielska 1-3, 42-600 Tarnowskie Góry) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp) w zw. z jej art. 7; W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie pozostawia bez rozpoznania w związku z art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z jej art. 182 ust.3 pkt 1;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k.** (ul. Hutnicza 2, 41-709 Ruda Śląska) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza na rzecz zamawiającego: **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A.** (ul. Strzelców Bytomskich 207 41-914 Bytom) od odwołującego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Katowicach**.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, którego przedmiotem jest: „Uprzątnięcie, wywóz i utylizacja odpadów pochodzenia komunalnego znajdujących się na terenie pn. zdegradowane tereny leśne pole F-1 w Bytomiu-Miechowicach” . Nr ZP-C-0004/19. Publikacja Ogłoszenia nastąpiła w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 25 kwietnia 2019 nr 193692-2019-PL. Odwołujący - Recycling Logo Group sp. z o.o. sp. k. z Rudy Śląskiej wniósł odwołanie od dokonania wyboru oferty wykonawcy Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu. Przedmiotowej czynności zarzucił naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 Pzp - dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, w szczególności zapisami rozdziału XVI SIWZ, dotyczącymi sposobu wyliczenia ogólnej wartości umowy po przeprowadzeniu aukcji,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - brak zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego wobec dopuszczenia ofert zawierających ceny obejmujące różne stawki podatku VAT tj. stawkę 8% oraz stawkę 23 % , przez co nieporównywalnych,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty a następnie dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej względnie unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zasądzenie zwrotu kosztów postępowania wywołanych wniesieniem niniejszego odwołania wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazał:

W dniu 18 lipca 2019 r. Odwołujący otrzymał informację o dokonaniu w ramach postępowania o udzielenia zamówienia publicznego nr ZP-C-0004/19 wyboru oferty najkorzystniejszej. Za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o. Na drugiej pozycji została sklasyfikowana oferta Odwołującego. Postępowanie toczyło się z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Cena wskazana przez Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o. wynosiła 2.390.000 zł brutto, Wykonawca przyjął stawkę podatku VAT na poziomie 8%, a zatem zaoferowana cena netto wynosi 2.212.962,96 zł. Oferta złożona przez Odwołującego wskazywała na cenę 2.410.000 zł brutto. Wykonawca przyjął jako obowiązującą podstawową

stawkę podatku VAT na poziomie 23 %, a zatem przyjęta przez Wykonawcę cena netto wynosi 1.959.349,59 zł.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 7 Pzp - czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonana została z rażącym naruszeniem zapisów rozdziału XVI SIWZ, co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 Pzp.

Stosownie do zapisów rozdz. XVI SIWZ zamawiający przewidział dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem aukcji elektronicznej, gdzie wartość oferty zostanie wyliczona jako suma iloczynów cen jednostkowych netto. Powyższe pozostaje w pełni spójne z zapisami zał nr 4 do SIWZ 9 Regulamin aukcji gdzie w punkcie 2 wprost wskazano iż w aukcji będzie stosowane kryterium ofert zgodnie z zapisami SIWZ. Porównując wyniki aukcji elektronicznej (vide! zawiadomienie o wynikach aukcji) wskazać należy, iż w tym przypadku cechy ceny najkorzystniejszej nosi Spółki LOGO albowiem zaproponowana przez Spółkę cena netto, a w konsekwencji również suma iloczynów cen jednostkowych netto jest niższa, niż Wykonawcy Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach. Z tych przyczyn w ocenie Odwołującego doszło do nieprawidłowego wyboru ofert najkorzystniejszej w toku aukcji elektronicznej, gdyby bowiem Zamawiający postępowała zgodnie z zapisami SIWZ w zakresie w jakim określa ona sposób wyliczenia cen jednostkowych oraz ogólnej wartości umowy (rodz. XVI pkt. 3 SIWZ ) za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta Odwołującego. Jednocześnie na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu Odwołujący podnosi zarzut wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieporównywalnych.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - brak zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego.

W ramach prowadzonego postępowania doszło do naruszenia jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych jaką jest przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 PZP), poprzez ocenę i wybór przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieporównywalnych. Jak wskazał Sąd Najwyższy - Izba Cywilna w treści uchwały z dnia 20 października 2011 (sygn. III CZP 52/11) charakter ogólny zasady równego traktowania Wykonawców doznaje uszczegółowienia m.in. w przepisach nakładających na zamawiającego obowiązki, których realizacja zapewnia wykonawcom konkurowanie w warunkach równości. W treści przywołanej uchwały wskazuje Sąd, iż to na zamawiającym ciąży z mocy art. 18 PZP obowiązek prawidłowego i zgodnego z prawem przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu

dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, z zachowaniem zarazem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przewidzianej w art. 7 ust. 1 PZP. Zamawiający badając oferty ma zatem obowiązek badać wysokość stawki VAT. Aby oferty złożone w postępowaniu mogły być porównywalne m.in. ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł, a w tym z zastosowaniem tych samych stawek VAT, które są istotnym elementem kalkulacji ceny oferty. Obowiązek weryfikacji stawki podatku od towarów i usług wypływa wprost z art. 87ust.2 pkt. 3 i art. 89ust.1pkt.6 ustawy PZP. Przyjęcie przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego różnych stawek podatku VAT było przedmiotem także kolejnej uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11, w której wskazał Sąd, iż oferty zawierające skalkulowane przez wykonawców ceny netto stają się porównywalne, o ile ostateczną wartość (cenę brutto) uzyskano przy zastosowaniu jednolitej, wynikającej z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT. Tylko oferty równoważne w zakresie obiektywnie sprawdzalnych elementów, a takim elementem jest stawka podatku VAT wynikająca z obowiązujących przepisów, stwarzają możliwość porównania i tym samym równego traktowania oferentów. Tożsame stanowisko przyjęte zostało przez Krajową Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 5 lutego 2014 r. KIO 134/14, gdzie wskazano, iż oferty, dla których w tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych zastosowano różne stawki podatku VAT są nieporównywalne. Stąd ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT jest istotne dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż Zamawiający nie sprostął nałożonym na niego obowiązkom, jako na prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na wadliwie przeprowadzoną procedurę badania ofert, w szczególności zaś nie dokonaniu weryfikacji wskazanej przez Wykonawców stawki podatku od towarów i usług, w konsekwencji czego dopuszczone oferty miały charakter nieporównywalny. W toku przeprowadzonej aukcji elektronicznej Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o. złożyła ofertę gdzie cena netto wykonania usługi wyniosła 2 198 800.00 zł (2 390 000,00 zł brutto przy zastosowaniu stawki 8%). Natomiast oferta złożona przez Odwołującego wskazywała na cenę netto przy zastosowaniu stawki podstawowej 23%). Konsekwencją nie przeprowadzenia w sposób prawidłowy czynności badania ofert doszło do przeprowadzenia przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w warunkach nierównego traktowania wykonawców co spowodowało wady postępowania uniemożliwiające podpisanie ważnej umowy.

Uzasadniając wniosek o unieważnienie przeprowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Odwołujący wskazał na niemożność dokonania poprawnego wyboru oferty najkorzystniejszej każdorazowo należy uznać za niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, o której mowa w art. 146

ust. 6 Pzp, jako że wybór oferty najkorzystniejszej, oczywiście prawidłowy i zgodny z procedurą udzielania zamówień, jest wynikiem postępowania samym w sobie j celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (wyrok KIO 883/16)

Reasumując, zdaniem wykonawcy Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nieporównywalnych ofert, co uniemożliwiło dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Skutkiem powyższego prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia winno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, z uwagi dokonanie przez Wykonawców różnej klasyfikacji podatkowej, co w konsekwencji doprowadziło do obliczenia w różny sposób ceny oferty.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się prawem do wniesienia odwołania albowiem posiada interes w żądaniu unieważnieniem dokonanej czynności, względnie unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W zakresie żądania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty odwołujący wskazuje, iż złożył w postępowaniu ważną ofertę, która w wyniku aukcji zajęła II lokatę, co oznacza, iż uwzględnienie odwołania oraz uchylenie zaskarżonej czynności prowadzić będzie do możliwości wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji do zawarcia z Odwołującym się ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast jeżeli chodzi o interes prawny w zakresie żądania unieważnienia postępowania w całości wskazać należy, iż gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy PZP, to unieważniłby przedmiotowe postępowanie, na skutek czego zmuszony by był przeprowadzić kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Ponowne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozwoliło by Odwołującemu na ponowne złożenie oferty. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia może ponieść i ponieść szkodę. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C - 131/16 w sprawie Archus interes w uzyskaniu danego zamówienia rozumianego jako dany zakres zadania należy rozumieć szeroko i wykonawca, którego oferta została odrzucona ma prawo i interes we wnoszeniu odwołania mającego na celu unieważnienie postępowania. W wyroku tym Trybunał orzekł: „Dyrektywę Rady 92/13/ EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienioną dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana

w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie (danego zamówienia» w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Remondis Tarnowskie Góry sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu z pkt 1 podając, że Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy i dokonał czynności wyboru oferty w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 17 SIWZ. Wskazany w zarzucie pkt 16 SIWZ nie dotyczy kryteriów oceny ofert i nie stanowi podstawy wyboru oferty najkorzystniejszej. Z kolei odnośnie zarzutu z pkt 2 odwołania podał, że został zgłoszony z uchybienie ustawowego terminu i jako taki powinien zostać pozostawiony bez rozpoznania (względnie odwołanie powinno w tym zakresie zostać odrzucone). Jego zdaniem nie można jednoznacznie ocenić czy odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty (a jeżeli tak to na jakiej podstawie prawnej zdaniem Odwołującego oferta Uczestnika postępowania powinna zostać odrzucona), czy też treści SIWZ poprzez nieokreślenie przez Zamawiającego jakiej stawki podatku VAT wymaga od Wykonawców. Jednakże niezależnie od tego czego tak naprawdę dotyczy odwołanie, to w tym zakresie zostało wniesione z uchybieniem ustawowych terminów. Zgodnie z art. 91a ust. 1 Pzp zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, o ile wpłynęły w postępowaniu co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Oznacza to, że Zamawiający zanim określi krąg wykonawców uprawnionych do udziału w aukcji zobligowany jest do zbadania ofert. W związku z tym Odwołujący już 28 czerwca 2019 r. (w dniu otrzymania zaproszenia do aukcji elektronicznej) powziął informację, że Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert. Wobec tego już w dniu otrzymania zaproszenia do udziału w aukcji Odwołujący miał świadomość, że Zamawiający dopuścił do udziału w aukcji wykonawców, którzy zaoferowali ceny z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT - Odwołujący uwzględnił stawkę VAT na poziomie 23%, zaś pozostali wykonawcy przyjęli stawkę na poziomie 8%. Jeżeli zatem odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Uczestnika postępowania to termin na wniesienie odwołania w tym zakresie upłynął w dniu 8 lipca 2019 r. Jeżeli natomiast sformułowanie jakim posłużył się Odwołujący w zarzucie - „wobec dopuszczenia ofert” - dotyczy wadliwego sformułowania SIWZ to także taki zarzut został sformułowany z

uchybieciem terminu, ponieważ termin na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ minął w dniu 6 maja 2019 r.

**W zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów Izba ustaliła:**

Przedmiotowe zamówienie „Uprzątnięcie, wywóz i utylizacja odpadów pochodzenia komunalnego znajdujących się na terenie pn. zdegradowane tereny leśne pole F-1 w Bytomiu-Miechowicach” prowadzone jest z zastosowaniem (zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp) zastosowaniem aukcji elektronicznej pkt I załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Zapisy dotyczące Aukcji Elektronicznej” w związku z pkt 2 specyfikacji. Oferty w tym postępowaniu należało złożyć na druku: Formularz ofertowy (załącznik 1). W tym Formularzu należało m.in. podać: ilość - cenę jednostkową netto - VAT – wartość netto – wartość brutto. W postępowaniu złożono 3 oferty z cenami brutto:

- 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” G., W., M. Spółka Jawna oraz BM Recykling Sp. z o.o. – 3. 134 505,60 zł
- 2) REMONDIS Tarnowskie Góry sp. z o.o. - 4. 290 213,60
- 3) Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. - 12. 841 200,00

Wnoszący odwołanie wykonawca Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. z Rudy Śląskiej zawarł w cenie oferty podatek VAT w wysokości 23 %, a pozostali wykonawcy – w wysokości 8 %. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2019 r. wykonawcy podtrzymali wskazaną wysokość podatku VAT.

Zamawiający w dniu 28 czerwca 2019 r. zaprosił wskazanych wykonawców (trzech) do udziału w aukcji elektronicznej. Aukcja została przeprowadzona w dniu 3 lipca 2019 r. w wyniku której ustalono ceny brutto w następującej wysokości:

- 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” G., W., M. Spółka Jawna oraz BM Recykling Sp. z o.o. – 2.655.000 zł
- 2) REMONDIS Tarnowskie Góry sp. z o.o. - 2.390.000 zł
- 3) Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. - 2.410.000 zł

W piśmie z dnia 18 lipca 2019 r. powiadomiono wykonawców, że za najkorzystniejszą została uznana oferta firmy: REMONDIS Tarnowskie Góry sp. z o.o. - 2.390.000 zł

**Izba mając na uwadze ustalony stan faktyczny zważyła, co następuje:**

W odwołaniu z dnia 29 lipca 2019 r. Odwołujący - Recycling Logo Group Sp. z o.o. Sp. k. podniósł dwa zarzuty. Pierwszy dotyczy naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7



Pzp oparty na twierdzeniu, że w tym postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, w szczególności zapisami rozdziału XVI SIWZ, dotyczącymi sposobu wyliczenia ogólnej wartości umowy po przeprowadzeniu aukcji. Drugi zarzut dotyczy naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający - zdaniem Odwołującego - nie zapewnił w tym postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na dopuszczenie ofert zawierających ceny obejmujące różne stawki podatku VAT, a mianowicie stawkę 8% oraz stawkę 23 %, co czyniło oferty nieporównywalnymi.

Odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie tylko w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z jej art. 7 ust.1 i w tym zakresie podlega oddaleniu. Drugi zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę w związku z odpowiednim zastosowaniem art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust.3 pkt 1 tej ustawy.

W stanie faktycznym tej sprawy, Zamawiający po dokonaniu obligatoryjnej czynności oceny ofert - zgodnie z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp - w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadził aukcję elektroniczną, z udziałem trzech wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu oferty. Krąg wykonawców uprawnionych do udziału w aukcji ustalony został w dniu 28 czerwca 2019 r., w którym każdy z wykonawców otrzymał zaproszenie do aukcji elektronicznej, a zatem powziął informację, że Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert. Odwołujący w tej dacie powinien mieć świadomość, że Zamawiający dopuścił do udziału w aukcji wykonawców, którzy zaoferowali ceny z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT.

Izba wskazuje na załącznik nr 4 do siwz (*Zapisy dotyczące Aukcji Elektronicznej*) jego punkt 2 zgodnie z którym: „2. *Zamawiający przewiduje przeprowadzenie aukcji elektronicznej:*  
a) *po dokonaniu badania złożonych ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu,(...)*

Zatem termin na wniesienie odwołania w tym zakresie upłynął definitywnie w dniu 8 lipca 2019 r. (10 dni od 28 czerwca 2019 r.). Zgodnie bowiem ze wskazanym art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp:

„3. *Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się:*  
1) *w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym*

*powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia; (...).*

Tym samym odwołanie w tej części (w zakresie wskazanego zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 Pzp) zostało pozostawione bez rozpoznania w związku z art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, w myśl którego Izba odrzuci odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: „3) *odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;*”.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp w zw. z jej art. 7 ust.1 Izba uznała zarzut ten za niezasadny.

Przedewszystkim Postanowienia dotyczące kryteriów oceny ofert zawarto w punkcie 17 specyfikacji oznaczonym: „Opis kryteriów oceny”. Zgodnie z tym punktem: „*Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o następujące kryterium. KRYTERIUM 1 Cena brutto podana w PLN za wykonanie zadania — maksymalnie 100 pkt*”.

Wskazany w odwołaniu pkt 16 zgodnie z jego oznaczeniem dotyczy sposobu (...) *wyliczenia cen jednostkowych oraz ogólnej wartości umowy po przeprowadzeniu aukcji*”. Izba zwraca uwagę, że we wstępie - zdanie 1 - do tego punktu Zamawiający jednoznacznie podał: „*W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty zostanie dokonany w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej, Zamawiający dokona wyliczenia cen jednostkowych netto przyjętych do rozliczenia umowy oraz wartości umowy (...).*”

Izba zwraca także ponownie uwagę na załącznik nr 4 do siwz (Zapisy dotyczące Aukcji Elektronicznej) jego punkt 2 w tym przypadku lit. b) zgodnie z którą: „*b) w toku aukcji elektronicznej stosowane będzie kryterium ofert zgodnie z zapisami w SIWZ -- w toku aukcji licytowana będzie tylko cena*”. Tak jak już wskazano postanowienie dotyczące kryterium oceny zawarto w punkcie 17 specyfikacji, w którym to punkcie wskazano na cenę brutto zadania. Tak opisane kryterium zostało zastosowane dla wyboru najkorzystniejszej oferty.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....