

Sygn. akt: KIO 2666/20

**WYROK**  
**z dnia 9 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**                   **Magdalena Rams**

**Protokolant:**                       **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 października 2020 r.** przez wykonawcę "**HOMBRE Service**" Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie,

w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa,**

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
  
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę "**HOMBRE Service**" Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę "**HOMBRE Service**" Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt: KIO 2666/20

## UZASADNIENIE

W dniu 15 października 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy „Hombre Service” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sopocie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa utrzymania czystości w obiektach i na terenie Oddziałów PGE Dystrybucja SA. w podziale na 7 zadań” - zadanie nr 3: Oddział Łódź:

- 1) art. 91a ust 3 ustawy Pzp polegające na dokonaniu oceny ofert składanych przez Odwołującego w toku aukcji elektronicznej, w tym oferty obejmującej cenę jednostkową netto za tereny wewnętrzne w kwocie 2,79 złotych i cenę jednostkową netto za tereny zewnętrzne w kwocie 0,54 złotych, w sposób sprzeczny z kryteriami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zaproszeniu do aukcji elektronicznej, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty złożonej przez Odwołującego w toku aukcji elektronicznej, która odbyła się w dniu 6 października 2020 r.;
- 2) art. 91c ust. 1 i 4 ustawy Pzp polegające na uniemożliwieniu wykonawcy złożenia korzystniejszego postąpienia, a tym samym korzystniejszej oferty w toku aukcji elektronicznej, która odbyła się w dniu 6 października 2020 r. z powodu odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, co w konsekwencji spowodowało, że Odwołujący był związany mniej korzystną ofertą złożoną uprzednio, a także mniej korzystną ofertą względem oferty złożonej przez innego wykonawcę, a w efekcie został pozbawiony możliwości dalszego udziału w toku aukcji elektronicznej.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci: (i) informacja z otwarcia ofert w dniu 25.08.2020 r.; (ii) wiadomość e-mail z dnia 29.09.2020 r. wraz z zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej; (iii) zrzut z ekranu obrazujący platformę aukcyjną Zamawiającego i stan dokumentujący chwilę odrzucenia złożonej uprzednio oferty przez Odwołującego w toku aukcji elektronicznej z dnia 06.10.2020 r.; (iv) wydruk z platformy aukcyjnej Zamawiającego dokumentujący warunki cenowe oferty złożonej przez Odwołującego i zaakceptowanej przez platformę elektroniczną oraz warunki cenowe prowadzącej oferty; (v) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego

kosztów postępowania odwoławczego, które obejmują uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania w kwocie 15.000,00 złotych, poniesione przez Odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 złotych, opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 złotych;

Ponadto Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dniu 6 października 2020 r. w odniesieniu do zadania nr 3: Oddział Łódź i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia jej przeprowadzenia z uwzględnieniem zastosowania w jej toku minimalnego postąpienia w wysokości 0,01 złotych odnoszącego się do którejkolwiek z ceny jednostkowej, tj. za teren zewnętrzny lub teren wewnętrzny; minimalne postąpienie w wysokości 0,01 złotych powinno odnosić się do co najmniej jednego ze wskazanych terenów, przy czym za ofertę korzystniejszą Zamawiający uzna ofertę, w której ogólna liczba punktów oferty będzie łącznie większa od pierwotnie złożonej oferty także w sytuacji złożenia korzystniejszej ceny jednostkowej w odniesieniu do jednego z terenów (wewnętrznego bądź zewnętrznego) z jednoczesnym pogorszeniem ceny jednostkowej w odniesieniu do drugiego z terenów (zewnętrznego bądź wewnętrznego);

Odwołujący wskazał, że wziął udział w zorganizowanym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o numerze referencyjnym 300/OW/AB/2020 prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Usługa utrzymania czystości w obiektach i na terenie Oddziałów PGE Dystrybucja S.A. w podziale na 7 zadań” (zwane dalej „**Postępowaniem**”), m. in. w odniesieniu do Zadania nr 3: Oddział Łódź. Dowód: 1) informacja z otwarcia ofert w dniu 25.08.2020 r.; dokumentacja przetargowa znajdująca się w posiadaniu Zamawiającego, którą należy dołączyć.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 21.1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwana dalej także „**SIWZ**”) Zamawiający przewidział dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w danej części (zadaniu) z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Zgodnie z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli złożono co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu w danej części (zadaniu). W związku z wystosowanym przez Zamawiającego zaproszeniem do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, Odwołujący w dniu 6 października 2020 r. wziął udział w aukcji elektronicznej, która odbyła się w ramach Postępowania w odniesieniu do zadania nr 3: Oddział Łódź. Dowód: 2) wiadomość e-mail z dnia 29.09.2020 r. wraz z zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący wskazał, że w toku aukcji elektronicznej Odwołujący złożył początkowo ofertę, która obejmowała cenę jednostkową netto za teren wewnętrzny w wysokości 4,23 złotych, natomiast za teren zewnętrzny cena jednostkowa netto wynosiła 0,26 złotych netto - była to ostatnia oferta złożona przez Odwołującego, a zaakceptowana przez platformę obsługującą przedmiotową aukcję elektroniczną.

Odwołujący wskazał, że jeden z wykonawców dożył ofertę korzystniejszą względem oferty złożonej przez Odwołującego, która obejmowała cenę w wysokości 2,79 złotych netto za teren wewnętrzny i cenę w wysokości 0,55 złotych netto za teren zewnętrzny, a tym samym stanowiła ofertę prowadzącą w toku aukcji. Następnie Odwołujący rozpoczął podejmowanie prób złożenia oferty korzystniejszej względem oferty prowadzącej, a wskazanej powyżej, jednakże wszystkie próby złożenia korzystniejszej oferty okazywały się bezskuteczne. Ostatnia złożona oferta, jednakże w sposób nieskuteczny, bowiem nie została ona przyjęta przez system informatyczny, obejmowała cenę za metr terenu wewnętrznego w wysokości 2.79 złotych netto oraz cenę za metr terenu zewnętrznego w wysokości 0.54 złotych. Jednakże w chwili, kiedy Odwołujący złożył przedmiotową ofertę, z uwagi na upływ przewidzianego w pkt 21.8.3. SIWZ 5-minutowego czasu na złożenie nowej oferty (zgłoszenie nowego postąpienia), pomimo jednocześnie podejmowanych przez Odwołującego prób złożenia korzystniejszej oferty, została ona ostatecznie odrzucona przez platformę obsługującą przedmiotową aukcję elektroniczną, a jednocześnie Wykonawca utracił możliwość dalszego udziału w przedmiotowej aukcji. Dowód: 3) zrzut z ekranu obrazujący platformę aukcyjną w dniu 06.10.2020 r., tj. udziału w aukcji elektronicznej;

W związku z powyższym ostatnia oferta zaakceptowana przez system, a złożona przez Odwołującego obejmowała cenę jednostkową netto za teren wewnętrzny w wysokości 4,23 złotych, natomiast cena jednostkowa netto za teren zewnętrzny określona została na kwotę 0,26 złotych netto, jednakże nie była to oferta, którą chciał złożyć Odwołujący i uczyniłoby to, gdyby oferta nie została odrzucona. Odwołujący wskazuje, że miał realną szansę na uzyskanie przedmiotowego Zamówienia, a która została zaprzepaszczona niezgodną z przepisami czynnością Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie odrzucenie złożonej przez niego oferty w toku aukcji elektronicznej nastąpiło w sposób niezgodny z treścią SIWZ, a także przepisami ustawy Pzp i w konsekwencji wyeliminowało jego dalszy udział w aukcji oraz pozbawiło go możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 2.4.10. SIWZ: „Przez ofertę należy rozumieć ofertę składaną przez Wykonawcę, podlegającą ocenie i porównaniu wg kryteriów oceny wskazanych w SIWZ”. Natomiast w pkt 19.6. i 19.7. SIWZ wskazano: „19.6, Wykonawca określi cenę realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie łącznej ceny netto (w danej części-zadaniu, na którą składa ofertę), podatku VAT oraz ceny brutto zamówienia. Wyliczenie ceny Oferty należy dokonać zgodnie z Formularzem ofertowym stanowiącą Załącznik Nr 2 do SIWZ). 19.7. Do porównania Ofert brana będzie pod uwagę cena całkowita brutto (w danej części-zadaniu) za wykonanie Zamówienia.”

Następnie zgodnie z pkt 21.5. SIWZ: „Zamawiający określi krok postąpienia w aukcji na poziomie około 0,5 % ceny jednostkowej netto oferty z najniższą ceną (...).”

Z kolei w pkt 21.8,4. wskazano: „aukcja elektroniczna odbywać się będzie według reguły zniżkowej, co oznacza, że każda oferta cenowa Wykonawcy zostanie przyjęta przy minimalnej wartości postąpienia, tylko wówczas, gdy będzie ona niższa od aktualnej oferty Wykonawcy. Wykonawca nie będzie miał możliwości podwyższenia uprzednio złożonej oferty.”

Z kolei w zaproszeniu do udziału w aukcji wskazano: „Zamawiający określił krok postąpienia w aukcji na poziomie około 0,5 % ceny jednostkowej netto oferty z najniższą ceną, z zaokrągleniem do pełnych groszy (...) Minimalne wartości postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej są następujące: 0.01 PLN.”

Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia publicznego obejmuje świadczenie usługi sprzątania pomieszczeń i terenów zewnętrznych dla Zamawiającego (zgodnie z wykazem powierzchni do sprzątania wraz z lokalizacjami wskazanymi w załączniku do opisu przedmiotu zamówienia). W formularzu aukcji elektronicznej Zamawiający także przewidział dwie osobne rubryki w odniesieniu do ceny jednostkowej dla terenu zewnętrznego i terenu wewnętrznego, w których można było zarówno zwiększać, jak i zmniejszać proponowaną stawkę. Jednakże istotne w sprawie jest to, że z treści SIWZ, a w szczególności z przytoczonych powyższej postanowień wynika, że podstawa wyłonienia najkorzystniejszej oferty jest całkowita cena realizacji przedmiotu zamówienia, czyli obejmująca sumę cen za tereny zewnętrzne jak i tereny wewnętrzne. Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie stanowi o traktowaniu tych dwóch powierzchni w sposób odrębny. Treść dokumentacji przetargowej w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje, że zamówienie, a także oferta, traktowane są jako całość, natomiast ocena ofert będzie następować z uwzględnieniem łącznego wynagrodzenia, na które składają się jednostkowe ceny

odnoszące się do terenów zewnętrznych jak i wewnętrznych. W podobny sposób sformułowane są postanowienia SIWZ w zakresie przebiegu aukcji elektronicznej i minimalnej wartości postąpienia. W treści SIWZ wskazano w sposób jednoznaczny, że minimalne postąpienie ma wynosić 0,01 złotych. Z treści tak sformułowanego postanowienia nie wynika bowiem, że minimalne postąpienie winno odnosić się zarówno do ceny jednostkowej netto względem powierzchni zewnętrznej, jak i ceny jednostkowej netto powierzchni wewnętrznej. Wręcz przeciwnie - w ocenie Zamawiającego sformułowanie w ten sposób postanowienia dotyczącego wartości minimalnego postąpienia wraz z postanowieniami dotyczącymi kryteriów oceny oferty i wyboru najkorzystniejszej z nich, w sposób jednoznaczny daje podstawy do przyjęcia interpretacji, zgodnie z którą dokonanie minimalnego postąpienia w wysokości 0.01 złotych w odniesieniu do któregośkolwiek z terenów (zewnętrznych czy wewnętrznych) spełnia warunek minimalnego postąpienia przewidziany przez Zamawiającego. Taką interpretację odnośnie okoliczności, że minimalne postąpienie dotyczy wyłącznie jednego z elementów składającego się na ofertę, potwierdza także treść zaproszenia do aukcji, gdzie wskazano, że „licytowanym parametrem na aukcji elektronicznej będzie oferowana cena jednostkowa netto.” Powyższe będzie bowiem w konsekwencji równoznaczne ze złożeniem de facto korzystniejszej sumarycznie oferty.

Przytoczyć w tym miejscu należy art. 91a ust 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „Kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zaproszeniu do aukcji elektronicznej, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej”.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazał, że oferty, które próbował złożyć Odwołujący, w tym ostatnia złożona w sposób nieskuteczny przez Odwołującego, spełniała wszystkie kryteria określone w SIWZ, a zatem została odrzucona przez system teleinformatyczny Zamawiającego w sposób niezgodny z przepisami Pzp oraz SIWZ, bowiem:

- a) zgodnie z pkt 19.7. SIWZ do porównania ofert bierze się pod uwagę cenę całkowitą brutto za wykonanie zamówienia, a zatem przy jednoczesnym podwyższeniu ceny jednostkowej w odniesieniu do jednego z terenów (zewnętrznych bądź wewnętrznych) i obniżeniu ceny jednostkowej w odniesieniu do drugiego z terenów (zewnętrznych bądź wewnętrznych) de facto złożono korzystniejszą sumarycznie ofertę i korzystniejszą cenę za wykonanie Zamówienia;

- b) zaproponowana przez Odwołującego oferta cenowa uwzględniała minimalną wartość postąpienia, czyli 0,01 złotych, a złożona oferta była zgodna z zastosowaną regułą zniżkową, zgodnie z którą złożona oferta miała niższą wartość od wartości oferty uprzednio złożonej przez wykonawcę;
- c) Odwołujący nie podwyższył uprzednio złożonej oferty.

Odwołujący wskazał, że w treści SIWZ nie wskazano bowiem, iż korzystniejsze postąpienie ma dotyczyć oferowanej ceny jednostkowej netto zarówno w odniesieniu do terenów zewnętrznych jak i w odniesieniu do terenów wewnętrznych. Poza tym, jeżeli taka byłaby intencja Zamawiającego to powinien ją wprost wyrazić w treści SIWZ. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 91 c ust. 3 ustawy Pzp: „W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji”.

Odwołujący wskazał, że ustawa Pzp nie definiuje „korzystniejszego postąpienia”, a ponadto z treści ustawy Pzp nie wynika niedopuszczalność definiowania „korzystniejszego przystąpienia” w sposób, w jaki wskazał Odwołujący. W takim wypadku, mając na uwadze art. 91a ust 3 ustawy Pzp interpretację w tym zakresie należy dokonywać w oparciu o postanowienia SIWZ. Nie jest dopuszczalna rozszerzająca, mowy artykułowana w treści SIWZ interpretacja opisu sposobu oceny ofert w postępowaniu. Zaproponowana przez Odwołującego oferta była zatem w całości zgodna z warunkami SIWZ, bowiem Odwołujący dokonał minimalnego postąpienia wymaganego zgodnie z SIWZ w aukcji elektronicznej, tj. 0,01 złotych. Takie postąpienie zostało zrealizowane w odniesieniu do kryterium dotyczącej ceny jednostkowej netto względem terenów zewnętrznych i ostatecznie przełożyło się na złożenie sumarycznie korzystniejszej oferty względem oferty prowadzącej w toku aukcji elektronicznej, którą należy traktować łącznie czyli jako suma ceny za tereny wewnętrzne i zewnętrzne. Do porównania ofert bierze się bowiem pod uwagę cenę całkowita brutto za wykonanie zamówienia.

W sposób nie budzący wątpliwości złożona przez Odwołującego ostatnia oferta, która została odrzucona, tj. 2,79 złotych dla terenów wewnętrznych oraz 0,54 złotych dla terenów zewnętrznych, stanowiła ofertę korzystniejszą niż prowadząca oferta opiewająca na 2,79 złotych dla terenów wewnętrznych i 0,55 złotych dla terenów zewnętrznych, a także stanowiła ofertę korzystniejszą względem tej złożonej przez Odwołującego uprzednio, tj. 4,23 złotych dla terenów wewnętrznych i 0,26 złotych dla terenów wewnętrznych. Ostatecznie Odwołujący postąpił zgodnie z pkt 21.8.4. zd. 2 SIWZ, który wyłącza możliwość

podwyższenia przez wykonawcę uprzednio złożonej oferty. Należy zwrócić uwagę, że w tym postanowieniu Zamawiający także posługuje się zwrotem „uprzednio złożonej oferty” i wskazuje, że: „każda oferta cenowa Wykonawcy zostanie przyjęta przy minimalnej wartości postąpienia, tylko wówczas gdy będzie ona niższa od aktualnej oferty Wykonawcy” (w zaproszeniu do składania ofert wskazano, że: ..każda następna oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie miała wartość niższa od wartość oferty uprzednio złożonej przez Wykonawcę). W zacytowanych postanowieniach Zamawiający posługuje się zwrotem „...wartości niższej od wartości oferty uprzednio złożonej”, co w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje, iż chodzi o całościową wycenę oferty, na którą składa się suma wynagrodzenia za tereny zewnętrzne i tereny wewnętrzne, a nie o wycenę jednego z elementów składających się na cenę sumaryczną. Zdaniem Odwołującego nie ma zatem znaczenia okoliczność, że w odniesieniu do terenów zewnętrznych Odwołujący zaproponował cenę jednostkową wyższą (z 0.26 złotych do 0.54 złotych), bowiem w odniesieniu do terenów wewnętrznych zaproponowana cena jednostkowa była niższa (z 4.23 złotych do 2,79 złotych”), a ostatecznie złożona oferta w znaczeniu sumarycznym była cenowo niższa względem oferty złożonej uprzednio. Pkt 21.8.4. zd. 2 SIWZ stanowi bowiem o uprzednio złożonej ofercie, a na nią składa się suma pozycji rzutkowych za tereny zewnętrzne i wewnętrzne. W pkt 21.8.4. SIWZ wskazano bowiem wyraźnie, że warunkiem przyjęcia oferty przy minimalnej wartości postąpienia jest złożenie oferty cenowej niższej od aktualnej oferty wykonawcy.

W ocenie Odwołującego w sprawie doszło do rozdzwiewku pomiędzy treścią SIWZ a zasadami funkcjonowania platformy elektronicznej, za której pośrednictwem przeprowadzona została aukcja elektroniczna. W ocenie Odwołującego zaproponowana przez niego oferta została odrzucona przez system pomimo, że nie było ku temu przesłanek mających swoje umocowanie w SIWZ. W konsekwencji odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty w toku aukcji elektronicznej został on pozbawiony możliwości aktywnego dokonywania korzystniejszych postąpień i wykluczony z dalszego udziału w aukcji elektronicznej, a w efekcie pozbawiony możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazuje, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To Zamawiający odpowiada zarówno za prawidłowe sporządzenie dokumentacji przetargowej, a tym samym dostosowanie zasad funkcjonowania platformy wykorzystywanej do przeprowadzenia aukcji internetowej w ramach postępowania przetargowego, jak i zapewnienia zgodności jej działania z treścią SIWZ. W orzecznictwie KIO za ugruntowane



należy uznać stanowisko, zgodnie z którym wszelkie wątpliwości czy niejasność treści SIWZ nie mogą obciążać wykonawców i winny być interpretowane na ich korzyść.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Usługa utrzymania czystości w obiektach i na terenie Oddziałów PGE Dystrybucja S.A. w podziale na 7 zadań” (zwane dalej **„Postępowaniem”**).

Izba ustaliła, że w Rozdziale 19 „Opis sposobu obliczenia ceny”, w pkt 19.6. i 19.7. SIWZ Zamawiający wskazał: „19.6, Wykonawca określi cenę realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie łącznej ceny netto (w danej części-zadaniu, na którą składa ofertę), podatku VAT oraz ceny brutto zamówienia. Wyliczenie ceny Oferty należy dokonać zgodnie z Formularzem ofertowym stanowiącą Załącznik Nr 2 do SIWZ; w pkt 19.7 SIWZ Zamawiający wskazał: „Do porównania Ofert brana będzie pod uwagę cena całkowita brutto (w danej części-zadaniu) za wykonanie Zamówienia.”

W rozdziale 21 „Aukcja elektroniczna” Zamawiający wskazał, że wybór najkorzystniejszej oferty w danej części zamówienia odbędzie się z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

W pkt 21.2 Zamawiający wskazał, że wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu, otrzymają drogą elektroniczną instrukcję obsługi systemu aukcyjnego w postaci „Podręcznika Oferenta”. Wykonawcy są zobowiązani do zapoznania się z treścią podręcznika.

W pkt 21.4 Zamawiający wskazał, iż w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej Zamawiający poinformuje wykonawców o:

21.4.1 pozycjach złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji

21.4.2 stronie internetowej gdzie odbędzie się aukcja

21.4.3 minimalnych wartościach postępień składanych w toku aukcji elektronicznej

21.4.4 terminie otwarcia aukcji elektronicznej

21.4.5 sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej

W pkt 21.5 Zamawiający wskazał, że przedmiotem aukcji elektronicznej będzie oferowana cena brutto. Zamawiający określi próg postąpienia w aukcji na poziomie około 0,5% ceny jednostkowej netto oferty z najniższą ceną, z zaokrągleniem do pełnych groszy. Licencjonowanym parametrem na aukcji elektronicznej będzie oferowana cena jednostkowa netto. System automatycznie przeliczy wartość oferty netto i brutto.

W pkt 21.6 Zamawiający wskazał, że sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczenie zgłoszonych postąpień na punktową ocenę ofert w zakresie kryterium „cena oferowana”, zgodnie z algorytmem: (cena najkorzystniejsza oferty/cena oferty rozpatrywanej) x100 pkt. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczenia zgłoszonych postąpień na punktową ocenę ofert, uwzględniając punktację otrzymaną przez otwarciem aukcji elektronicznej.

Izba ustaliła, że załącznikiem nr 2 do SIWZ był Formularz oferty. W formularzu Zamawiający wymagała podania ceny jednostkowej wykonania zamówienia dla terenów wewnętrznych i zewnętrznych. Ceny te stanowiły łącznie cenę za realizację zamówienia. Podobnie, w zaproszenie do aukcji elektronicznej, Zamawiający załączył formularz cenowy po aukcji, w którym wyszczególnione były ceny jednostkowe za realizację zamówienia dla terenów zewnętrznych i wewnętrznych, składające się na cenę za realizację zamówienia.

Izba ustaliła, że w dniu 29 września 2020 r. Zamawiający wystosował zaproszenie do aukcji elektronicznej. Zamawiający wskazał, że aukcja będzie się odbywać według reguły zniżkowej, co oznacza, że każda następna oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie miała wartość niższą od wartości oferty uprzednio złożonej przez wykonawcę.

Zamawiający wskazał, że oferty złożone w toku aukcji elektronicznej będą oceniane według algorytmu:  $C = (\text{minimalna cena całkowita} : \text{cena całkowita badana brutto}) \times 100 \text{ pkt.}$  Zamawiający wskazał, że przedmiotem aukcji elektronicznej będzie oferowana cena brutto zgodnie z pkt 21 SIWZ. Zamawiający określił próg postąpienia w aukcji na poziomie 0,5% ceny jednostkowej netto oferty z najniższą ceną, z zaokrągleniem do pełnych groszy. Licytowanym parametrem na aukcji elektronicznej będzie oferowana cena jednostkowa netto. System będzie automatycznie przeliczał wartość oferty netto i brutto.

Minimalna wartość postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej to 0,01 PLN.

Zamawiający wskazał, że sposób obsługi platformy elektronicznej reguluje Podręcznik oferenta.

Odwołujący w dniu 6 października 2020 r. wziął udział w aukcji elektronicznej, która odbyła się w ramach Postępowania w odniesieniu do zadania nr 3: Oddział Łódź.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył początkowo ofertę, która obejmowała cenę jednostkową netto za teren wewnętrzny w wysokości 4,23 złotych, natomiast za teren zewnętrzny cena jednostkowa netto wynosiła 0,26 złotych netto - była to ostatnia oferta złożona przez Odwołującego, a zaakceptowana przez platformę obsługującą przedmiotową aukcję elektroniczną.

Jak wynika z przebiegu aukcji elektronicznej jeden z wykonawców dożył ofertę korzystniejszą względem oferty złożonej przez Odwołującego, która obejmowała cenę w wysokości 2,79 złotych netto za teren wewnętrzny i cenę w wysokości 0,55 złotych netto za teren zewnętrzny, a tym samym stanowiła ofertę prowadzącą w toku aukcji. Izba ustaliła, że cena jednostkowa zaproponowana przez Odwołującego za teren zewnętrzny była wyższa niż poprzednio wprowadzona do systemu (0,26 zł na 0,54 zł), zaś cena w odniesieniu do terenów wewnętrznych została obniżona z 4,23 do 2,79 zł. Oferta nie została zaakceptowana przez system platformy. wszystkie próby złożenia korzystniejszej oferty zostały odrzucone przez system platformy.

***Izba zważyła co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Zdaniem Izby zarzuty podniesione w odwołaniu nie potwierdziły się. Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 91a ust 3 ustawy Pzp kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zaproszeniu do aukcji elektronicznej, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej. Z kolei zgodnie z art. 91c ust. 1 ustawy Pzp w toku

aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Przepisów art. 82 ust. 1, art. 83 i 84 oraz art. 86-89 nie stosuje się. Z kolei w ust. 4 przywołanej regulacji, ustawodawca wskazał, że oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu.

Przywołane regulacje ustawy Pzp odnoszą się do procedury aukcji elektronicznej. W zakresie postępień ustawodawca wskazał, że wykonawca w toku aukcji składa kolejne korzystniejsze przystąpienia, podlegające automatycznej klasyfikacji. Ustawodawca wskazał jednocześnie, iż nie ma zastosowania przepis art. 82 ust. 1 ustawy Pzp stanowiący, iż wykonawca składa tylko jedną ofertę w postępowaniu, przepis art. 86 ustawy Pzp dotyczący otwarcia ofert, przepis art. 87 dotyczący możliwości poprawienia oferty, przepis art. 89 ustawy Pzp dotyczący przesłanek odrzucenia oferty. Należy przyjąć, iż w toku aukcji elektronicznej wykonawca składając kolejne postąpienia, składa kolejną korzystniejszą ofertę Zamawiającemu, na zasadach określonych w SIWZ.

W analizowanym stanie faktycznym w oparciu o pkt 21.1 SIWZ Zamawiający przewidział dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w danej części (zadaniu) z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Zdaniem Izby z zapisów SIWZ oraz z Podręcznika oferenta, stanowiącego część SIWZ wynika, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych przez Odwołującego.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego Podręcznik oferenta stanowi element SIWZ i każdy z wykonawców miał obowiązek zapoznać się z jego zasadami, w tym zasadami przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Po drugie, na str. 19 ww. Podręcznika zdefiniowane zaś zostało pojęcie pn.: „Aukcja jedno/wielopozycyjna dynamiczna z zastosowaniem wzoru”. Użyta w ww. Podręczniku definicja aukcji wielopozycyjnej stanowi, iż aukcja taka charakteryzuje się tym, iż: każda następną ofertą zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie miała wartość korzystniejszą od wartości poprzednio złożonej na wybranej pozycji przez danego Oferenta. System przyjmie wartości ofert gorsze od wartości oferty prowadzącej, wtedy, gdy składana wartość będzie korzystniejsza od wartości uprzednio złożonej przez danego Oferenta”.

Po trzecie, zdaniem Izby za błędne uznać należy stanowisko Odwołującego, który utożsamia pojęcie postąpienia z pojęciem oceny oferty. Zarówno z zapisów SIWZ jak i Podręcznika oferenta wynika, że elementem koniecznym do dokonania oceny oferty wykonawcy za realizację zamówienia jest złożenie postąpienia na zasadach wynikających ze SIWZ oraz ww. podręcznika. W konsekwencji nie można zgodzić się z Odwołującym, iż w przedmiotowym postępowaniu przetargowym postąpienia oferentów na poszczególnych pozycjach mogły zwiększać cenę ofertową danej pozycji, o ile wartość przeliczonej przez system zakupowy zamawiającego całościowej sumy ofertowej, będzie plasowała tą ofertę jako korzystniejszą od aktualnie prowadzącej. Zdaniem Izby, aby system mógł dokonać oceny ceny ofertowej wykonawcy, to wykonawca zobowiązany był w pierwszej kolejności do złożenia postąpień na prawidłowych zasadach określonych przez Zamawiającego. Zasady składania postąpień zostały w sposób jednoznaczny wskazany w SIWZ i w zaproszeniu do negocjacji do którego odwołuje się SIWZ. Zamawiający wskazał, że licytowanym parametrem na aukcji elektronicznej będzie oferowana cena jednostkowa netto. Skoro więc aukcja odbyła się według reguły zniżkowej, to jest dla Izby oczywistym, iż reguła ta odnosi się do licytowanego parametru tj. do ceny jednostkowej.

Po czwarte, wskazać należy, że zasady prowadzenia aukcji elektronicznej zostały opisane w Podręczniku oferenta. Wykonawca składając ofertę potwierdził, iż zapoznał się z jego treścią, a zatem wiedział, iż dla aukcji wielopozycyjnej — każde następne postąpienie dla danej pozycji może być tylko „w dół”, kierując się regułą zniżkową wprowadzoną przez Zamawiającego. Jeśli więc Odwołujący złożył w aukcji dwie oferty dla poszczególnych pozycji na kwoty odpowiednio: 4,23 zł za teren wewnętrzny i 0,26 zł za teren zewnętrzny, to zmiana ofert dla poszczególnych pozycji mogła nastąpić wyłącznie na korzyść względem wartości poprzednio złożonej na wybranej pozycji przez Odwołującego. Odwołujący licytował bowiem ceny jednostkowe, a nie cenę całościową oferty. Jak wynika z Podręcznika oferenta i co zostało potwierdzone przez Zamawiającego, system zakupowy Zamawiającego przyjmie wartości dla danej pozycji gorsze, niż w konkurencyjnej ofercie innego wykonawcy tylko wówczas, gdy kolejna oferta będzie korzystniejsza od uprzednio złożonej oferty przez tego wykonawcę. Oferta taka nie musi zatem być „pierwsza”, ale warunkiem by została przez system przyjęta i zapisana jest to, iż ma być ona korzystniejsza niż poprzednio przez niego złożona i że każde postąpienie pozycji w tej ofercie może nastąpić tylko na korzyść zamawiającego względem wcześniej złożonych przez tego wykonawcę. Odwołujący stara się dowieść, iż mógł składać postąpienia dla każdej pozycji w aukcji w sposób dowolny, o ile suma składowych obliczona przez System zakupowy Zamawiającego pozwalała uznać tą ofertę za najlepszą w danym czasie prowadzonej aukcji, powołując się na zapisy SIWZ dotyczącej ceny oferty. Odwołujący jednakże, pomija przy tym, uregulowania dotyczące

sposobu przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w tym reguły zniżkowej obowiązującej przy licytowaniu cen jednostkowych. Zamawiający ustalił zasady dotyczące aukcji elektronicznej w SIWZ, do czego miał prawo, gdyż ustawa Pzp nie zawiera szczegółowych regulacji dotyczących sposobu składania postąpień. Określił, iż postąpienie dla poszczególnych pozycji w aukcji może odbywać się wyłącznie na korzyść względem poprzedniej oferty danego wykonawcy tj. w dół. Zaprezentowana w odwołaniu interpretacja zasad prowadzenia aukcji elektronicznej została dokonana w oderwaniu od treści Podręcznika oferenta oraz zapisów SIWZ nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż Zamawiający w sposób rozszerzający, niedopuszczalny i niewyartykułowany w treści SIWZ dokonał interpretacji opisu sposobu oceny ofert dokonując w konsekwencji bezprawnej czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Jak wskazał Zamawiający, Odwołujący, wbrew treściom odwołania, znał platformę zakupową Zamawiającego i reguły towarzyszące licytacji. Brał udział w aukcji próbnej i aktywnie w niej uczestniczył. Wykonawca nie powinien więc być zaskoczony niemożnością licytacji „w górę” dla wybranej pozycji w aukcji elektronicznej. Jak sam wskazuje — po odrzuceniu przez System oferty, kiedy nie zaakceptował jednoczesnego obniżenia ceny dla pozycji nr 1 i podwyższenia dla pozycji nr 2, ponowił ofertę zgodnie z zasadami z podręcznika oferenta, z tymże było już za późno — upłynął 5 minutowy interwał od czasu skutecznego złożenia poprzedniej wiążącej i ważnej oferty przez innego z oferentów. Okoliczność ta nie ma natomiast żadnego związku z działaniem lub zaniechaniem Zamawiającego, ale wyłącznie z samodzielną decyzją Odwołującego o sposobie składania postąpień w toku aukcji elektronicznej.

Zdaniem Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, to decyzje własne wykonawcy podjęte w toku aukcji elektronicznej skutkowały tym, iż próby złożenia postąpień na pozycję jednostkowe „w górę” nie zakończyły się sukcesem. Zarówno z zapisów SIWZ jak i z Podręcznika oferenta w sposób jednoznaczny wynika, że elementem licytowanym były ceny jednostkowe, przy których obowiązywał zasada licytacji w „górę”. Dopiero wprowadzenia do Systemu zakupowego prawidłowego postąpienia umożliwiło systemowi automatyczne przeliczenia wartości całej oferty. Ponieważ zaś Odwołujący w sposób nieprawidłowy próbował wykonać postąpienia, zostały one odrzucone przez system i nie mogły być przeliczone na wartość oferty wykonawcy za realizację zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018, poz. 972 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....