

Sygn. akt: KIO 2373/19

WYROK

z dnia 12 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Klaudia Ceyrowska**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Joy Global (Poland) Sp. z o.o., ul. Murarska 20, 43-100 Tychy** w postępowaniu prowadzonym przez **Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

przy udziale wykonawcy **Eickhoff Polonia Ltd. Sp. z o.o., ul. Porcelanowa 18, 40-246 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2373/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Joy Global (Poland) Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Joy Global (Poland) Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1. zasądza od wykonawcy **Joy Global (Poland) Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach** na rzecz zamawiającego - **Polska Grupa Górnicza S.A. w Katowicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Polska Grupa Górnicza S.A. w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest:

- Dostawa wraz z montażem nowych kombajnów ścianowych o zakresie urabiania od 1,6 m do 3,7 m, dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. - dostawy planowane w latach 2020-2021 z podziałem na części:
- Część 1: Dostawa 4 sztuk nowych kombajnów ścianowych o zakresie urabiania od 1,6 m do 3,7 m i napięciu zasilania 1000 V.
- Część 2: Dostawa 3 sztuk nowych kombajnów ścianowych o zakresie urabiania od 1,6 m do 3,7 m i napięciu zasilania 3300 V.

Nr postępowania: 701902927 ("Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Dz.Urz. UE - OJ/S: 2019/S 190-463073.

Odwołujący: Joy Global (Poland) sp. z o.o. ul. Murarska 20 43-100 Tychy wniósł odwołanie od zaniechań i czynności Zamawiającego polegających na niezgodnym z ustawą Pzp przeprowadzeniu aukcji elektronicznej AUK/70/NZT/2019/0002, w dniu 14 listopada 2019 r. w ramach Postępowania (dalej "Aukcja") oraz niezgodnej z ustawą ingerencji w wynik Aukcji i zaniechaniu jej unieważnienia oraz ponownego przeprowadzenia.

Zamawiającemu Zarzuca naruszenie:

1. art. 91c ust. 3 ustawy Pzp oraz Części VIII pkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dalej ("SIWZ") w związku z art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności bieżącego przekazywania Odwołującemu w trakcie Aukcji informacji o rzeczywistej pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji, a przez to wprowadzenie Odwołującego w błąd co do zajmowanej przez niego pozycji w rankingu wykonawców - co uniemożliwiło mu prawidłową ocenę sytuacji, a w konsekwencji uniemożliwiło złożenie dalszych postąpień w celu zapewnienia drugiej pozycji w rankingu (tj. uzyskania zamówienia Część 2),
2. art. 91a ust. 3 w związku z art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez bezpodstawną ingerencję Zamawiającego w wynik Aukcji, polegającą na dokonaniu przez niego odrębnego przeliczenia punktów już po zakończeniu i ogłoszeniu wyniku Aukcji, a w konsekwencji udzielenie przez Zamawiającego dwóch informacji o wyniku Aukcji, zawierających sprzeczne wyniki (ustalony automatycznie w wyniku Aukcji oraz ustalony

odrębnie przez Zamawiającego) - podczas gdy wynik Aukcji powinien być generowany automatyczny, bez ingerencji Zamawiającego,

3. art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 181 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia Aukcji oraz ponownego jej przeprowadzenia w sposób zgodny z art. 91c ust. 3 i 91a ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji gdy Zamawiający uznał, że zastosowana przez niego w Aukcji formuła matematyczna do oceny ofert była błędna - a zatem w sytuacji, w której należało ponownie przeprowadzić Aukcję przy użyciu formuły uznanej przez Zamawiającego za prawidłową,

4. art. 8 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady jawności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w tym w szczególności uniemożliwienie Odwołującemu dokonania prawidłowej oceny sytuacji i składania dalszych postępień, które umożliwiłyby mu uzyskanie zamówienia Część 2,

5. art. 91b ust. 2a Pzp oraz Części VIII pkt 7 SIWZ poprzez nieuwzględnienie w formule matematycznej zastosowanej do oceny ofert w trakcie Aukcji wszystkich kryteriów oceny ofert wynikających z SIWZ i zaniechanie przeliczania w trakcie aukcji postępień na punktową ocenę oferty z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji za kryteria niezmiennie w toku aukcji, a uwzględnienie jedynie punktacji za kryterium techniczne natomiast pominięcie pozostałych kryteriów cenowe poza jednostkową ceną dostawy kombajnu wraz z kosztem rozłożenia ceny na raty.

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności ponownego ogłoszenia wyników Aukcji z 15 listopada 2019 r.;
2. unieważnienia czynności przeprowadzenia Aukcji;
3. ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej w sposób zgodny z przepisami prawa, w szczególności art. 91c ust 3 ustawy Pzp i 91a ust. 3) ustawy Pzp.

Ponadto, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów zgromadzonych w aktach Postępowania, w szczególności z:

1. informacji o wynikach aukcji elektronicznej z 14 listopada 2019 r.;
2. informacji o wynikach aukcji elektronicznej z 15 listopada 2019 r.;
3. protokołu z przebiegu czynności Aukcji wraz z załącznikami;
4. informacji z otwarcia ofert z dnia 7.11.2019 r. - załącznik: 4 omyłka rachunkowa w ofercie wersja poprawna.pdf;
5. zaproszenia do udziału w Aukcji jak również dokumentu w postaci:
6. Zrzutu z ekranu z dnia 14.11.2019 r. z godziny 10:50 - [screen 14.11 godz. 1050] .png
7. Zrzutu z ekranu z 14.11.2019 r. z godziny 15:33 - [screen 14.11. godz 1533] .png

8. Zrzutu z ekranu z 21.11.2019 r. wyniki aukcji z 14.11.2019 [21.11.2019].png na okoliczność treści tych dokumentów, a w szczególności przebiegu Aukcji, przekazywanych wykonawcom informacji o postąpieniach oraz informacji na temat przebiegu Aukcji, wyniku Aukcji oraz dwóch - sprzecznych ze sobą - informacji o wynikach Aukcji.

Odwołujący jednym z trzech wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Na skutek niezgodnego z prawem przeprowadzenia Aukcji oraz ogłoszenia jej ostatecznego wyniku Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania i wykonania zamówienia. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej "KIO") zasadności niniejszego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej w sposób zgodny z ustawą Pzp, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ będzie podejmował decyzje o kolejnych postąpieniach z pełnym rozeznaniem, dysponując danymi, do których uzyskania jest uprawniony na podstawie przepisów ustawy Pzp, na podstawie rzetelnych i zgodnych z prawdą informacji od Zamawiającego. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołujący powziął informację o skarżonych niniejszym odwołaniem czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego w dniu 18 listopada 2019 roku, kiedy zapoznał się z informacją z 15 listopada 2019 roku, niemniej jednak - z ostrożności procesowej - liczy termin do wniesienia odwołania od daty sporządzenia tej informacji przez Zamawiającego, tj. od 15 listopada 2019 roku, tj. od daty w której teoretycznie mógł się dowiedzieć o naruszeniu.

Zgodnie z Częścią VIII SIWZ Zamawiający - po przekazaniu informacji z otwarcia ofert - przeprowadził w dniu 14 listopada 2019 r. Aukcję, a na platformie aukcyjnej Zamawiającego pojawiła się "Informacja o wyniku aukcji elektronicznej", z której wynikał ranking ofert. Zgodnie z tym rankingiem, Odwołujący uzyskał drugą pozycję, co oznaczało, że Odwołującemu powinna zostać udzielona Część 2 zamówienia. Zamówienie zostało bowiem podzielone na części. Część 1 zamówienia ma zostać udzielona wykonawcy, którego oferta znajdzie się na pierwszym miejscu w rankingu, a część druga wykonawcy, którego oferta znajdzie się na drugim miejscu w rankingu. Udostępniona przez Zamawiającego w dniu 14 listopada 2019 r. "Informacja o wyniku aukcji elektronicznej" potwierdziła ukończenie przez Odwołującego Aukcji na drugiej pozycji.

Jednakże w dniu 15 listopada 2019 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej <https://www.pgg.pl/dostawcv/przetargi> inną (kolejną) "Informację o wyniku aukcji elektronicznej" - w której wskazał odmienny ranking ofert określony w wyniku

przeprowadzenia Aukcji. W tej informacji cena zaproponowana przez poszczególnych oferentów pozostała niezmienna względem ceny zaproponowanej w Aukcji i określonej w informacji o wyniku Aukcji z 14 listopada 2019 r., lecz jednocześnie Odwołującemu przyznana została mniejsza liczba punktów a wykonawcy Eickhoff Polonia LTD sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej "Eickhoff") przyznana została większa liczba punktów. W konsekwencji, ranking wykonawców zmienił się w taki sposób, iż Odwołujący znalazł się na pozycji trzeciej, a Eickhoff na pozycji drugiej. Powyższe oznacza, iż w przypadku utrzymania wyniku Aukcji z 15 listopada 2019 r., Odwołującemu nie zostałyby udzielone zamówienie.

Kryteria oceny ofert, które powinny być przez Zamawiającego uwzględniane podczas podawania pozycji i punktacji ofert w trakcie prowadzonej Aukcji, określone zostały w Części XXIV SIWZ i dotyczyły wzoru: $OLP = K + T$ gdzie:

K- liczba punktów uzyskanych w kryterium „koszt”.

T - liczba punktów uzyskanych w kryterium „ ocena techniczna ”

Wybór oferty dokonany zostanie na podstawie poniższych kryteriów:

Kryterium Waga

Koszt $K = \text{Ł} + \text{RI} + \text{R2} + \text{P}$ $K = 55$ pkt

Ocena techniczna -T = $T1 + T2 + T3$ $T = 45$ pkt

T1 — minimalna średniomiesięczna dostępność kombajnu $T1 = 30$ pkt

T2 - maksymalne zużycie wody do zraszania organów $T2 = 10$ pkt

T3 — dostęp do pokryw ognioszczelnych $T3 = 5$ pkt

RAZEM 100 pkt

2. Zasady przydzielania punktów za poszczególne kryteria są następujące:

2.1. Kryterium: Koszt — waga 55% (Maksymalna ilość punktów wynosi 55)

W kryterium Koszt ocenie podlegać będzie kwota będąca sumą ceny jednostkowej netto (Ł) w tym koszt rozłożenia płatności ceny na raty, kosztu przeglądu kombajnu u Wykonawcy w trakcie przebrojenia netto (RI), kosztu remontu kapitalnego kombajnu u Wykonawcy netto (R2) oraz koszt pakietu wybranych istotnych podzespołów i czynności netto (P).

Oferta w której zaoferowano najniższy Koszt (K) otrzyma 55 punktów. Pozostałe oferty zgodnie z wzorem.

2.2. Kryterium: Ocena techniczna ~ waga 45% (maksymalna liczba punktów 45)

W kryterium Ocena techniczna ocenie podlegać będą wybrane aspekty techniczne zebrane w 3 podkryteriach: TU średniomiesięczna dostępność kombajnu (waga 30%), T2 - zużycie wody do zraszania organów (waga 10%), T3 — dostęp do pokryw ognioszczelnych (waga 5%) "

W treści zaproszenia do udziału w Aukcji Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż: Sposób oceny ofert w toku aukcji: obejmuje automatyczne przeliczanie złożonych postąpień na

punktową ocenę oferty z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej. Obliczanie punktacji będzie opierać się na wzorach określonych w SIWZ” - co jest zgodne z art. 91 b ust. 7 pkt 4 Pzp, stosownie do treści którego: „Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej powinien obejmować przeliczanie postępowań na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej”. Działając w zaufaniu do Zamawiającego, Odwołujący przystąpił do udziału w Aukcji i dokonywał w jej toku postępowań - w przekonaniu, iż kryteria te zostały przez Zamawiającego w toku Aukcji zachowane.

Tymczasem analiza przebiegu Aukcji dokonana przez wykonawcę w dniu 18 listopada 2019 roku (tj. po powzięciu przez wykonawcę informacji o opublikowaniu w dniu 15 listopada 2019 r. wyników Aukcji odmiennych do tych opublikowanych w dniu 14 listopada 2019 r.), jak również zestawienie pierwotnej informacji o wyniku Aukcji z dnia 14 listopada 2019 r. oraz - odmiennej - informacji o wynikach Aukcji z 15 listopada 2019 r., w porównaniu z informacją z otwarcia ofert z dnia 4 listopada 2019 r. (przy uwzględnieniu korekty cen wykonawców z dnia 7 listopada 2019 r.) prowadzą do wniosku, że prawdopodobnie Zamawiający prowadził Aukcję jedynie w zakresie jednego kryterium cenowego tj. ceny jednostkowej kombajnu wraz z sumą rat odsetkowych, (tj. postąpienia dotyczyły następujących cen wyjściowych: Odwołujący - 15 794 843,58 zł netto, Eickhoff - 14 588 602,19 zł, Famur SA z siedzibą w Katowicach (dalej "Famur") - 15 773 374,03 zł netto). Ponadto, Zamawiający uwzględniał również w przebiegu aukcji elektronicznej i jej wynikach kryteria techniczne oceny ofert określone w SIWZ. W konsekwencji, po każdym postąpieniu Zamawiający wskazywał poszczególnym wykonawcom pozycje oferty przy uwzględnieniu zaproponowanej nowej ceny jednostkowej kombajnu z uwzględnieniem kosztów rozłożenia jej na raty oraz przy uwzględnieniu stałej punktacji za kryteria techniczne. W informacji o pozycji w rankingu nie uwzględniał natomiast pozostałych kryteriów cenowych - o czym Odwołujący nie mógł wiedzieć.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 7.11.2019r. - załącznik: 4_omyłka rachunkowa w ofercie wersja poprawna.pdf

Informacja o wynikach aukcji elektronicznej z 14 listopada 2019 r.;

Informacja o wynikach aukcji elektronicznej z 15 listopada 2019 r.;

Działając w dobrej wierze i w zaufaniu do Zamawiającego, bazując na przekazanej w treści zaproszenia do udziału w Aukcji informacji, iż sposób oceny ofert w toku Aukcji obejmuje przeliczenie postępowań z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przez wykonawców przed otwarciem Aukcji - a tym samym przekonany, iż Zamawiający uwzględni w prowadzonej Aukcji wszystkie kryteria określone w SIWZ i że udostępniane mu w trakcie Aukcji informację

na temat ilości uzyskanych punktów i pozycji w Aukcji, Odwołujący brał w niej udział i dokonywał postąpień.

Po zakończeniu Aukcji Zamawiający ogłosił ranking ofert, oparty na ostatecznych cenach zgodnych z ostatnimi postąpieniami poszczególnych oferentów (tj. Odwołujący - 12 929 618,99 zł netto, Eickhoff - 10 700 000,00 zł, Famur - 9 400 000 zł netto), co przy uwzględnieniu kryteriów technicznych określonych w SIWZ i zaproponowanych przez poszczególnych oferentów dało Odwołującemu pozycję drugą, która uprawniała i zobowiązywała do udzielenia Odwołującemu Części 2 zamówienia.

Kolejnego dnia tj. 15 listopada 2019 r. Zamawiający ponownie ogłosił ranking ofert wskazując, że stanowi on wynik Aukcji oraz zastosowania kryteriów cenowych zawartych w części XXIV SIWZ. W rankingu podane zostały te same ceny, co w pierwszej informacji o wynikach Aukcji jednak punktacja przyznana Odwołującemu i Eickhoff została zmieniona po zakończeniu Aukcji, a Zamawiający nie przedstawił jednoznacznego wyjaśnienia tej sytuacji. Z tego względu, Odwołujący może jedynie przypuszczać, iż Zamawiający doszedł do wniosku, że przeprowadził Aukcję w sposób nieprawidłowy tj. bez uwzględnienia pozostałych kryteriów cenowych uwzględniających wszystkie elementy składowe kosztu "K" i podjął decyzję o ponownym przeliczeniu punktów przy uwzględnieniu tych kryteriów, co z kolei spowodowało, że ranking wykonawców uległ zmianie. Zamawiający nie wskazał jednak, iż punkty za kryterium cenowe obejmują wszystkie koszty "K" i dlatego punktacja ulega zmianie. Wręcz przeciwnie, z tabeli wynika, iż przyznana punktacja dotyczy jedynie ceny jednostkowej kombajnu (wraz z kosztem rozłożenia jej na raty) zaoferowanej podczas Aukcji. W trakcie Aukcji, aż do jej zakończenia, Odwołujący otrzymywał informacje, zgodnie z którymi jego oferta plasowała się na 2 pozycji i że z taką pozycją ukończył Aukcję.

Dowód: Zrzut z ekranu z 14.11.2019r z g. 10:50 - załącznik: [screen 14.11 godz 1050].png

Zrzut z ekranu z 14.11.2019r z g. 15:33 - załącznik: [screen 14.11. godz 1533] .png

Zrzut z ekranu z 21.11.2019r - wyniki aukcji z 14.11.2019 [21.11.2019] .png

Zgodnie z art. 91c ust 3 Pzp "W toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców".

Powyższa regulacja odzwierciedlona została w SIWZ. Zgodnie z Częścią VIII SIWZ pkt 6 "W toku aukcji elektronicznej Zamawiający na bieżąco będzie przekazywał każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawni informacji umożliwiających identyfikację Wykonawców."

Ponadto 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.

Wreszcie zgodnie z art. 91b ustawy Pzp: 1. Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

2. W zaproszeniu, o którym mowa w ust. 1, zamawiający informuje wykonawców o:

- 1) pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji;
- 2) minimalnych wartościach postępień składanych w toku aukcji elektronicznej;
- 3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej;
- 4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej;
- 5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej;
- 6) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości;
- 7) harmonogramie dla każdego etapu aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający zamierza zamknąć aukcję elektroniczną na podstawie art. 91e pkt 3.

2a) Formuła matematyczna, o której mowa w ust. 2 pkt 6, uwzględnia wagę wszystkich kryteriów oceny ofert. W przypadku dopuszczenia ofert wariantowych określa się odrębną formułę dla każdego wariantu.

Należy również wspomnieć, iż SIWZ w Części VIII w istotnym dla niniejszego odwołania zakresie przewiduje następujące regulacje:

- "Przedmiotem aukcji będzie (Ł) łączny koszt zakupu kombajnu z uwzględnieniem kosztu rozłożenia płatności na raty tj. cena netto za dostawę jednego kompletnego kombajnu ścianowego." (Część VIII pkt Ia) SIWZ)
- "Pozostałe pozycje wyrażone w ofercie w złotych zostaną pomniejszone proporcjonalnie w wartości % do ceny (Ł) uzyskanej w wyniku aukcji elektronicznej tzn.: przy założeniu, że w wyniku aukcji elektronicznej cena najkorzystniejszej oferty na dostawę jednego kompletnego kombajnu ścianowego (Ł) jest o X % niższa od złożonej przez Wykonawcę w ofercie pierwotnej, do uzyskania łącznej wartości zamówienia cena pozostałych składników oferty pierwotnej wyrażonych w złotych zostanie pomniejszona proporcjonalnie o takie samo X%. "(Część VIII pkt Ic) SIWZ)

- Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji za kryteria niezmiennie w toku aukcji. (Część VIII pkt 7) SIWZ)

Zgodnie z nadrzędną zasadą Pzp, Zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, jak również z zachowaniem przejrzystości. Stosownie do stanowiska wielokrotnie zajmowanego przez KIO, wykonawca ma natomiast prawo działać w zaufaniu do Zamawiającego, zaś wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez Zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji ewentualnych błędów Zamawiającego popełnionych w toku postępowania (por. m.in. wyrok KIO 2260/13).

Powyższe oznacza, iż Zamawiający zobowiązany był do udzielania Odwołującemu zgodnej z prawdą informacji o ostatecznej pozycji zajmowanej w rankingu po każdym postąpieniu oraz o przyznanej mu punktacji. Informacja ta powinna więc uwzględniać również pozostałe elementy kosztowe wpływające na parametr "K", a zatem ostateczną punktację oferty. Na gruncie ustawy Pzp nie jest bowiem dopuszczalne, aby wykonawca zakończył aukcję na innej pozycji, niż pozycja wskazana w wyniku aukcji elektronicznej. Wszystkie kryteria cenowe, które powinny być uwzględniane na bieżąco w trakcie Aukcji, wskazane są w Części XXIV SIWZ. Pozycja Odwołującego w rankingu z uwzględnieniem tych kryteriów powinna być wyliczana automatycznie po każdym postąpieniu, bez ingerencji Zamawiającego. Zmiana punktacji po zakończeniu aukcji nie jest dopuszczalna.

Tymczasem, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Odwołujący podejmował decyzje o wysokości kolejnych postąpień w oparciu o błędną informację co do tego, jaka w danym momencie jest jego pozycja w rankingu. Zamawiający prowadził w ten sposób Aukcje do samego końca i również przy takim założeniu wykonawcy otrzymali poprzez portal aukcyjny informację z 14 listopada 2019 r. o wyniku Aukcji, gdzie zgodnie z wcześniejszymi informacjami Odwołujący znajdował się na drugim miejscu w rankingu (system aukcyjny na moment zakończenia Aukcji pokazywał drugą pozycję tej oferty). Następnie, jak Odwołujący może się jedynie domyślać, Zamawiający doszedł do wniosku, że postępowanie takie było nieprawidłowe i samodzielnie, bez powtórzenia Aukcji, ponownie przeliczył punkty przy uwzględnieniu wszystkich kryteriów cenowych. W wyniku takiego działania ponownie ogłosił wynik Aukcji, jednak tym razem Odwołujący znalazł się na trzeciej pozycji.

Odwołujący podejmował decyzje o kolejnych postąpieniach działając w przekonaniu, iż Zamawiający podając pozycję w rankingu na bieżąco, jak wymaga tego ustawa Pzp i SIWZ, uwzględniał wszystkie kryteria cenowe i postępował w ramach Aukcji w zaufaniu do tej informacji. Zamawiający dochodząc do wniosku, iż błędnie prowadził Aukcję nie był

uprawniony do ponownego przeliczenia punktów przyjmując tym razem prawidłowe założenia, ponieważ gdyby Odwołujący dysponował informacją odzwierciedlającą jego prawdziwą pozycję w rankingu, mógłby dokonać dalszych postępień. Ostateczny wynik Aukcji i byłby zatem inny, niż ten ogłoszony przez Zamawiającego 15 listopada 2019 roku.

Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo KIO np. w wyrokach KIO/UZP 2824/10, KIO 2651/13, KIO 530/15, z których jednoznacznie wynika, iż wykonawcy w trakcie całej aukcji muszą dysponować prawdziwą informacją na temat pozycji, jaką zajmują w rankingu. W przeciwnym razie, w jednolitej opinii KIO, aukcja przeprowadzona jest z naruszeniem ustawy Pzp - a zatem musi zostać unieważniona. Podanie wykonawcy błędnej informacji co do pozycji w rankingu stanowi również według KIO naruszenie podstawowych zasad postępowania wynikających z art. 7 i 8 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Swoim działaniem Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu dokonanie prawidłowej oceny sytuacji i składania takich postępień, które umożliwiłyby mu uzyskanie zamówienia Część 2.

Należy przy tym podkreślić, iż w przypadku powzięcia przez Zamawiającego przekonania, iż czynność Aukcji została przeprowadzona nieprawidłowo, powinien on — działając w ramach obowiązku samokontroli i czuwania nad prawidłowym przebiegiem postępowania (por. m.in. wyroki KIO: z 29 marca 2017 r. KIO 485/17 oraz z 8 grudnia 2011 r. KIO 2535/11) - unieważnić i powtórzyć Aukcję (wyrok z 30 stycznia 2019 r. KIO 2700/18).

Nie ulega przy tym wątpliwości, iż Aukcja powinna być prowadzona przy uwzględnieniu prawidłowych kryteriów oceny ofert wynikających z SIWZ, zaś w toku Aukcji Zamawiający jest zobowiązany na bieżąco przekazywać każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Dodatkowo, wynik Aukcji powinien być generowany automatycznie, bez ingerencji Zamawiającego. Wobec powyższego, nawet w przypadku ewentualnego stwierdzenia przez Zamawiającego po zakończeniu Aukcji jakichkolwiek nieprawidłowości w jej przebiegu, nieprawidłowe było dokonanie przez niego ponownego ustalenia wyniku Aukcji - zamiast powtórzenia całej czynności.

Na poparcie powyższego odwołujący cytuje poniżej fragmenty wyroków KIO:

1) KIO/UZP 2824/10 "Wykonawca powinien zostać powiadomiony w czasie rzeczywistym o pozycji swojej oferty. Sytuacja jaka zaistniała w tym postępowaniu, zdaniem Izby, mogła istotnie wpłynąć na decyzje odwołującego, co do kolejnych postępień i czasu ich składania, a więc przełożyć się na całkowity wynik postępowania w danej części zamówienia. Odwołujący mógł być bowiem przekonany, w oparciu o dane, które obserwował na ekranie, iż jego oferta cały czas zajmuje pierwszą pozycję, skoro pozostawały one niezmiennie do czasu wyświetlenia odmiennego wyniku aukcji. Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1

ustawy pzp, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert. W przypadku aukcji elektronicznych, aby znali pozycję i punktację swojej oferty, względem oferty najkorzystniejszej przez cały okres trwania aukcji Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art 10 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki transportu i usług pocztowych. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów. Przejrzystość postępowania nie została przez zamawiającego zagwarantowana. Dokumenty obrazujące przebieg aukcji zostały sporządzone w dniu 27 grudnia 2010 r., co wobec przeprowadzenia aukcji w dniu 23 grudnia 2010 r. Izba uznała za działanie spóźnione. Obowiązkiem zamawiającego było pełne udokumentowanie przebiegu postępowania, aby umożliwić weryfikację tak ofert składanych przez poszczególnych wykonawców (postąpień) według czasu ich dokonania jak i dotrzymania przez zamawiającego wyznaczonych parametrów aukcji oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Izba uznała, iż reguły prowadzenia aukcji, z góry podane w warunkach uczestnictwa w kwestionowanym przez odwołującego zakresie, nie były przestrzegane, co pozostaje w sprzeczności z zasadą jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz pozwalało postawić zamawiającemu zarzut naruszenia przepisów ustawy, przez wybór oferty na część 8 zamówienia. Skoro prawidłowość przeprowadzenia aukcji nr 1 budzi uzasadnione wątpliwości konieczne stało się nakazanie zamawiającemu jej powtórzenia w zakresie części 8 zamówienia."

Powyższy wyrok potwierdza, iż wykonawca musi znać rzeczywistą pozycję w rankingu ofert w trakcie aukcji elektronicznej aby mógł podejmować adekwatne do sytuacji decyzje co do dalszych postąpień. W ramach Aukcji Zamawiający uniemożliwił to wykonawcy co wpłynęło na wyniki Aukcji.

2) KIO 2651/13 "Zgodnie z treścią art. 91c ust. 3 ustawy pzp w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco informuje każdego wykonawcę o pozycji złożonej przez niego oferty

i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Tymczasem w niniejszym postępowaniu w trakcie trwania aukcji elektronicznej wystąpił błąd, w wyniku którego odwołujący nie otrzymywał aktualnej informacji o najkorzystniejszej ofercie. W sposób prawidłowy nie zadziałał bowiem mechanizm automatycznego odświeżania rankingu oferentom, w konsekwencji czego odwołujący widział nieaktualną informację dotyczącą pozycji jego oferty, jak również punktacji najkorzystniejszej oferty. Z treści otrzymanej przez niego informacji wynikało bowiem, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą mimo, iż w rzeczywistości ofertą najkorzystniejszą była już oferta wykonawcy P. Wystąpienie tego błędu potwierdza oświadczenie złożone przez administratora platformy elektronicznej E. Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz zapisy w logach postępowania, w tym także ich rozszerzenie (przedłożone rozszerzenia logów aukcji zawierają dane sekundowe, a więc takie dane, o jakie w trakcie rozprawy wnosił przystępujący). Z zapisów tych jednoznacznie wynika, iż o godz. 10:47:25 odwołujący otrzymał informację, iż jego oferta zajmuje miejsce pierwsze, mimo, iż o godz. 10:47:21 ofertę najkorzystniejszą złożył wykonawca P. i to oferta tego właśnie wykonawcy (P.) była już ofertą najkorzystniejszą. Tym samym odwołujący widział nieaktualną informację o rankingu, a przyczyną tego rodzaju sytuacji były okoliczności, które nie leżały po stronie tego wykonawcy, a tylko i wyłącznie po stronie administratora platformy aukcyjnej. Dlatego też Izba uznała, iż zarzuty odwołującego potwierdziły się.”

Analogiczna sytuacja ma miejsce w sprawie będącej przedmiotem niniejszego odwołania. Odwołujący otrzymał informację, iż zajmuje w rankingu pozycję drugą, a tymczasem w rzeczywistości zajmował pozycję trzecią. Podejmował zatem działania na podstawie błędnych informacji z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

"Z tego też względu Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91c ust 3 ustawy pzp. 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 zauważa Odwołujący, że Zamawiający nie był uprawniony do dokonywania dodatkowo takiego przeliczenia za system aukcyjny

"(...) 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".

4) KIO 2700/18 [...] za jeden z fundamentalnych wymogów, z punktu widzenia poprawności aukcji, ustawodawca uznaje określenie informacji, które będą wykonawcom udostępniane w trakcie aukcji. Dalsze szczegóły z tym związane wynikają z art. 91 c ust. 3 zd. 1 Pzp, zgodnie z którym; „W toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty[...]

Na uwagę zasługuje, że Izba w zapadłych dotychczas orzeczeniach zajmowała już stanowisko odnośnie konsekwencji nieprawidłowości zaistniałych w toku prowadzonej aukcji. Np. w przywołanym już wyroku z 4 września 2013 r. Izba zwraca uwagę, że wadliwość w zakresie przekazywania wykonawcom informacji, o których mowa w art. 91 c ust. 3 Pzp może mieć decydujący wpływ na decyzje o dalszych postąpieniach (a więc i na efekt końcowy całej aukcji): „Ponadto izba stwierdza, że wykonawcy nie byli zgodnie z art. 91c ust. 3 informowani o rzeczywistej pozycji swojej oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty, co w ocenie Izby miało niewątpliwy wpływ na decyzje biznesowe podejmowane podczas tej aukcji” Odwołujący powołał się wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 1 kwietnia 2015 r. KIO 530/15, z 28 listopada 2013 r. KIO 2651/13 KIO 2055/13 KIO 530/15 KIO 2651/13, KIO/UZP 2012/10, KIO/UZP1060/10. Tak w wyroku KIO 2720/12, KIO/UZP 2012/10, KIO/UZP 1060/10, KIO 2720/12. Biorąc pod uwagę powyższe wniosek o unieważnienie i powtórzenie aukcji jest uzasadniony.

Podkreślić należy, że zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Powyższe potwierdza, iż Zamawiający, zobowiązany do zapewnienia przeprowadzenia Aukcji w sposób prawidłowy, przy uwzględnieniu wszystkich kryteriów przewidzianych w

SIWZ, w sposób umożliwiający wykonawcom — w tym Odwołującemu - uzyskanie w toku Aukcji na bieżąco zgodnej z prawdą informacji o ostatecznej pozycji zajmowanej w rankingu po każdym postąpieniu oraz o przyznanej punktacji. Pozycja Odwołującego w rankingu, z uwzględnieniem tych kryteriów, powinna być natomiast wyliczana automatycznie po każdym postąpieniu, a Zamawiający nie był uprawniony do ponownego przeliczenia punktów po zakończeniu Aukcji, poza systemem aukcyjnym.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia Aukcji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie jako bezzasadnego. Potwierdził, że trzech wykonawcy zostali zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej i wzięli w niej udział. Następnie dokonał oceny ofert zgodnie z postanowieniami siwz i ustalił ranking ofert w dniu 15 listopada 2019 r.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z postanowieniami części XXIV siwz zastosował dwa kryteria oceny ofert tj. koszt i ocena techniczna.

Do kryterium kosztu brane były pod uwagę 4 składowe:

- łączny koszt zakupu kombajnu tj. cena jednostkowa netto obejmująca koszt rozłożenia płatności na raty (Ł),
- koszt nett przeglądu kombajnu u wykonawcy w trakcie przebrojenia (R1),
- koszt netto remontu kapitalnego kombajnu u wykonawcy (R2),
- koszt netto pakietu wybranych istotnych podzespołów i czynności (P).

Łączna kwota ww czterech pozycji była brana pod uwagę przy ocenie danej oferty, W kryterium tym można było uzyskać maksymalnie 55 punktów.

W kryterium oceny technicznej brane były pod uwagę zadeklarowane przez wykonawcę w ofercie parametry, a max liczba punktów to 45. W tym zakresie nie przewidywano aukcji elektronicznej.

Zgodnie z postanowieniami cz. VIII siwz przewidziano aukcję elektroniczną wyraźnie wskazując, że jej przedmiotem będzie wyłącznie Ł – łączny koszt zakupu kombajnu z uwzględnieniem kosztu rozłożenia płatności na raty.

Inne składowe koszty nie podlegały akcji.

Zamawiający wskazał, że w siwz odnośnie składowych R1, R2 i P wskazał, że „Pozostałe pozycje wyrażone w ofercie w złotych zostaną pomniejszone proporcjonalnie w wartości % do ceny (Ł) uzyskanej w wyniku aukcji elektronicznej tzn.: przy założeniu, że w wyniku aukcji elektronicznej cena najkorzystniejszej oferty na dostawę jednego kompletnego kombajnu ścianowego Ł jest o X% niższa od złożonej przez wykonawcę w ofercie pierwotnej, do uzyskania łącznej wartości zamówienia cena pozostałych składników oferty

pierwotnej wyrażonych w złotych zostanie pomniejszona proporcjonalnie o takie samo X%.”

Z tego wynika, że każdy wykonawca miał świadomość, że:

1/ aukcji podlega jedynie jeden składnik Kosztu,

2/ po złożeniu najkorzystniejszej ceny w aukcji zamawiający dokona pomniejszenia pozostałych składników kosztu w proporcji do otrzymanej zniżki w składniku Ł.

Ten sposób oceny zakładał wprost, że po aukcji jednego ze składników kosztu, będzie dokonana zmiana w pozostałych składnikach i dopiero na tej podstawie wybrana zostanie oferta najkorzystniejsza.

Zamawiający również w trakcie aukcji w żaden sposób nie wprowadzał innych niż ustanowione w siwz warunki. Wykonawcy wiedzieli, że licytacji podlega jedynie Ł, a nie łączny koszt czterech składowych.

Ponadto z informacji z otwarcia ofert opublikowanej na portalu zamawiającego każdy z wykonawców wiedział, jakie są proporcje w danej ofercie pomiędzy poszczególnymi składnikami kosztu, co przedstawiono w piśmie w tabeli.

Przed otwarciem aukcji podana została informacja o ocenie technicznej, która nie ulegała zmianie. Odwołujący uzyskał w tym kryterium maksymalną liczbę punktu – 45.

W toku aukcji wykonawcy składali kolejne postąpienia co do ceny. Odwołujący zaoferował najwyższą cenę Ł tj. 12 929 616,99 zł, a pozostali wykonawcy: Famur 9 400 000 zł oraz Eickhoff Polonia Ltd, sp. z o.o. 10 700 000 zł.

Jednocześnie w ocenie technicznej odwołujący otrzymał 45 pkt, a pozostali odpowiednio 30 pkt i 36,666 pkt.

Zamawiający następnie dokonał obliczenia kosztu dla każdej z ofert z uwzględnieniem opustu uzyskanego na cenie Ł wyliczonego jako udział procentowy obniżenia ceny Ł w aukcji w stosunku ceny pierwotnej.

Po zastosowaniu opustu w wysokości procentowej wynikającej z zasady opisanej w siwz i z uwzględnieniem wyników w aukcji zamawiający obliczył całkowity koszt wykonania w każdej z ofert z uwzględnieniem czterech składowych kosztu z wynikiem dla Famur, drugim przystępującego i kosztem najwyższym odwołującego.

Ze względu na to, że R1, R2 i P były w ofercie odwołującego najwyższe i jednocześnie R1 i R2 stanowiły największy dopuszczalny udział procentowy w cenie Ł, oraz odwołujący zaoferował najniższy opust, to jego oferta jest ofertą najmniej korzystną pomimo osiągnięcia wysokiej oceny w kryterium Ocena techniczna.

W tym stanie rzeczy ocena ofert została dokonana wg postanowień siwz tj. aukcja obejmowała jedynie cenę Ł, a w kryterium oceny ofert ocenia podlegał łączny koszt K, na który składały się Ł po aukcji oraz odpowiednio obliczone R1, R 2 i P.

Odwołujący pomija fakt, że specyfikacja zawierała informację o tym, co będzie podlegało aukcji oraz o tym, że po aukcji obniżone zostaną ceny pozostałych składników kosztu, a ocenie w kryterium podlegać będzie koszt, a nie cena Ł. Znając proporcje pomiędzy składnikami kosztu w ofertach Odwołujący mógł wiedzieć, o ile powinien postąpić, aby złożyć ofertę najkorzystniejszą.

O tym, że po aukcji zostaną przeliczone pozostałe elementy kosztu odwołujący wiedział od chwili publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli więc ten sposób postępowania uważał za sprzeczny z postanowieniami art. 91b ust. 3 oraz art. 91c ust. 3 ustawy pzp, to odwołanie powinno być wniesione w terminie 10 dni od jego publikacji siwz.

Wykonawca Eickhoff Polonia Ltd. Sp. z o.o. w Katowicach, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zakresie realizacji części 2 zamówienia zgłosił przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zdaniem Przystępującego, Zamawiający nie dopuścił się żadnego z zarzucanych mu przez Odwołującego naruszeń przepisów ustawy i słusznie dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej co do części 2 zamówienia.

Przystępujący potwierdza twierdzenia Odwołującego w zakresie opisanego stanu faktycznego na stronie 4 i 5 odwołania oraz przytoczonej na stronie 5 i 6 odwołania części XXIV SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert w przetargu.

Mając to na uwadze, jednak zaznacza, iż postępowanie przetargowe jest kolejnym tego rodzaju postępowaniem, prowadzonym przez Zamawiającego na podstawie de facto identycznej treści SIWZ, różniącego się od poprzednich postępowań jedynie przedmiotem zamówienia, gdzie stosowane kryteria oceny ofert są tożsame, tożsamy jest także sposób prowadzenia aukcji elektronicznej jednoetapowo. Jest to kolejne postępowanie u Zamawiającego, w którym uczestniczyli na etapie aukcji elektronicznej ci sami wykonawcy. Każda ze stron uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu dobrze znała nie tylko treść SIWZ, ale także sposób prowadzenia aukcji elektronicznej. Na etapie składania pytań do SIWZ Odwołujący nie kwestionował postanowień SIWZ zawartych w Części VIII.1.a), 1 b), 1 c), 4, 6 i 7 co do ich zgodności z przepisami Ustawy i nie kierował pytań w tej mierze o wyjaśnienie, w jaki sposób na etapie aukcji elektronicznej będzie dokonywane przeliczanie punktacji. Postanowienia te były dla Odwołującego jasne i zrozumiałe, a z uwagi na swe uczestnictwo po raz kolejny w postępowaniu przetargowym, Odwołujący z pewnością wiedział i znał z poprzednich postępowań mechanizm dokonywania przeliczeń punktacji w toku aukcji, a następnie mechanizm dokonywania wyboru oferty.

Co istotne, to w treści punktu VIII.1.b SIWZ postanowiono wprost, iż aukcja zostanie przeprowadzona łącznie dla obu części. Wykonawca, którego oferta po ocenie ofert z uwzględnieniem wyników aukcji zostanie uznana za najkorzystniejszą uzyska zamówienie na część 1. W części 2 za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta wykonawcy, sklasyfikowanego po ocenie ofert z uwzględnieniem wyników aukcji na drugiej pozycji, o ile nie znajdą przesłanki unieważnienia postępowania. Taka treść SIWZ oraz stosowana przez Zamawiającego już w drugim postępowaniu praktyka, znana doskonale wykonawcom, w tym Odwołującemu, wskazuje wprost, iż wynik aukcji nie musi być jednoznaczny z udzieleniem zamówienia, szczególnie, że zgodnie z treścią punktu VIII.1.c) SIWZ, wykonawcy mieli świadomość, iż pozostałe pozycje cenowe wyrażone w ofercie w złotych zostaną pomniejszone proporcjonalnie w wartości % do ceny (Ł) UZYSKANEJ w wyniku aukcji elektronicznej, tzn.: przy założeniu, że w wyniku aukcji elektronicznej cena najkorzystniejszej oferty na dostawę jednego kompletnego kombajnu ścianowego (Ł) jest o X % niższa od złożonej przez Wykonawcę w ofercie pierwotnej, do uzyskania łącznej wartości zamówienia cena pozostałych składników oferty pierwotnej wyrażonych w złotych zostanie pomniejszona proporcjonalnie o takie samo X%. Oznacza to zatem w praktyce, że Odwołujący nie tylko mógł, ale powinien był wiedzieć ze swego doświadczenia w poprzednim przetargu, jak wygląda przeliczanie przez Zamawiającego oferowanego przez poszczególnych wykonawców kryterium oceny ofert w postaci kosztu (K). Przewidywalny, doświadczony i świadomy wykonawca, a takim jest przecież Odwołujący, powinien był, tak jak robił to w toku aukcji chociażby Przystępujący, przygotować się odpowiednio do aukcji i zapewnić sobie narzędzia pozwalające mu na bieżące kontrolowanie ze swej strony wyników aukcji przy zastosowaniu odpowiedniego narzędzia w Excelu, z uwzględnieniem nie tylko wyniku cenowego dla przedmiotu aukcji, którym był jedynie łączny koszt zakupu kombajnu z uwzględnieniem kosztu rozłożenia płatności na raty, tj. cena netto za dostawę jednego kompletnego kombajnu ścianowego, ale także pozostałe kryteria cenowe, czyli R1, R2 i P, a także powinien był uwzględniać w tych wyliczeniach kryterium oceny technicznej i na bieżąco uwzględniać swoje wyliczenia przy dokonywaniu postąpień.

Działanie opisane powyżej ma istotne znaczenie w niniejszej sprawie także dlatego, że Odwołujący, co prawda uzyskał najwyższą ocenę punktową za kryterium ocena techniczna, ale plasował się on na ostatniej pozycji po otwarciu ofert za kryterium koszt, bowiem jego kombajny były najdroższe. Okoliczność, iż Odwołujący, znając dobrze postanowienia SIWZ i sposób prowadzenia aukcji przez Zamawiającego, nie dołożył odpowiedniej staranności do dokonywania odpowiednich przeliczeń na swój użytek w toku aukcji trwającej od godziny 10-tej do godziny prawie 15-tej, nie może obciążać Zamawiającego, ani tym bardziej godzić w interes innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu przetargowym.

Jak podniesione zostało w wyroku KIO 1206/15, w odniesieniu do profesjonalnego wykonawcy uzasadnionym wydaje się oczekiwanie, że jeszcze przed rozpoczęciem aukcji rozważy on możliwe sposoby postępowania i wynikające z nich scenariusze (choćby przez wcześniejsze przeliczenie możliwych do osiągnięcia przez różnych wykonawców punktów, w zależności od poziomu cen przez każdego z nich zaoferowanych - w szczególności w sytuacji, gdy poddane pod aukcję zostało tylko jedno jedyne kryterium, do tego łatwe w porównaniu, tj. cena), aby następnie wybrać ten który w jego ocenie najlepiej służyć będzie osiągnięciu korzystnego dla niego wyniku w przeprowadzonej przez zamawiającego aukcji. Oczywistym jest przy tym, że podejmowaniu takich decyzji towarzyszyć winno gruntowne zapoznanie się ze spisanyymi regułami rządzącymi planowaną aukcją, a także odpowiednio wcześniejsze zapoznanie się z udostępnioną mu z należytym wyprzedzeniem Platformą Aukcji Elektronicznych.

Podnieść należy także, iż w treści SIWZ w punkcie VIII. 16 Zamawiający wskazał wprost, iż po zamknięciu aukcji wybierze on najkorzystniejszą ofertę w poszczególnych częściach w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej. To postanowienie SIWZ jest zgodne z treścią przepisów Ustawy i potwierdza jednocześnie, że wynik aukcji oraz wybór najkorzystniejszej oferty to dwie odrębne czynności Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe podnieść należy, iż w toku przeprowadzonej aukcji elektronicznej zostały zachowane kryteria oceny ofert określone w SIWZ, każdy z wykonawców widział na swoim ekranie wartość punktową przyznaną mu za kryterium techniczne, wartość punktową przyznaną mu za negocjowane kryterium Ł oraz swoją pozycję w rankingu.

Dowód: „zrzuty ekranu z toku przeprowadzanej aukcji widoczne u Przystępującego — na okoliczność ich treści oraz informacji przekazywanych na bieżąco wykonawcom uczestniczącym w aukcji.

Zatem nie można podzielić stanowiska Odwołującego, że Zamawiający nie zachował zasad przejrzystości i zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu, bo wszyscy wykonawcy uzyskiwali od Zamawiającego takie same informacje w toku aukcji na swoich ekranach, co oznacza również, iż w kontekście postanowień SIWZ zachowana była zarówno zasada przejrzystości, jak i zasady uczciwej konkurencji. Informacje o wyniku aukcji były przekazywane wykonawcom na bieżąco, zgodnie z wymaganiami SIWZ i ustawy.

Nie można też, jak czyni to Odwołujący, stawiać znaku równości pomiędzy wynikiem aukcji a dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego. Gdyby bowiem zamiarem ustawodawcy było wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą wynik aukcji elektronicznej jest równoznaczny z wynikiem postępowania i potencjalnym udzieleniem

zamówienia, to zostałyby to wprost napisane w Ustawie, Tymczasem wynik aukcji nie został przez ustawodawcę zrównany z udzieleniem zamówienia. Oznacza to zatem w praktyce, że Zamawiający miał podstawy prawne, aby w dniu 15 listopada 2019 roku zawiadomić wykonawców o wynikach aukcji.

Biorąc pod uwagę powyższe przytoczyć należy stanowisko wyrażone w wyroku KIO 48/19, w treści którego stwierdzono, że zgodnie z art. 91c ust. 3 Ustawy w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców. Jeśli spojrzeć na treść SIWZ, zrzutów ekranu z toku przeprowadzanej aukcji widocznych u poszczególnych wykonawców oraz informacji z dnia 14.11.2019 r. o wynikach aukcji elektronicznej, z historią postępowań wykonywanych przez poszczególnych wykonawców, w tym w szczególności Odwołującego i Przystępującego, to jest oczywistym, że ranking po aukcji pozostał bez zmian i mógłby ulec zmianie, gdyby Odwołujący dla swoich potrzeb dokonywał stosownych przeliczeń swojej oferty, a w konsekwencji, o ile dokonałby kolejnego postąpienia w toku aukcji.

Mając na uwadze powyższe, stosownie do treści przepisu art. 192 ust. 2 Ustawy, stwierdzić należy, iż Izba uwzględnia odwołanie jedynie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast w niniejszej sprawie, w ocenie Przystępującego, Odwołujący nie wykazał normalnego związku przyczynowo skutkowego pomiędzy treścią swoich kolejnych postępowań a ostatnim postąpieniem, które nie stanowiło oferty najkorzystniejszej wobec Przystępującego i wynikiem aukcji, szczególnie przy uwzględnieniu faktu, iż negocjacom w toku aukcji podlegało jedynie kryterium Ł, a pozostałe kryteria R1, R2 oraz P, miały być proporcjonalnie pomniejszone dopiero w wartości % do ceny (Ł) uzyskanej w wyniku aukcji elektronicznej. W tym kontekście także wymaga zauważenia, że Odwołujący jako profesjonalny uczestnik obrotu miał wystarczającą ilość czasu (czas trwania aukcji to 5 godzin, początek aukcji godz. 10.00, a jej zakończenie to 15.00) od momentu rozpoczęcia aukcji (godz. 10.00) do zakończenia aukcji (godz. 15.00), aby w oparciu o własne przeliczenia dokonać kolejnego postąpienia w celu utrzymania dla siebie pozycji drugiej i uzyskania zamówienia, szczególnie, że jego oferta uzyskała najlepszą ocenę za nie podlegające negocjacom kryterium oceny technicznej, jednak była ofertą uplasowaną na 3 pozycji z uwagi na kryterium K (koszt).

Konkludując zatem niezasadnym jest obciążanie Zamawiającego odpowiedzialnością za skutki dodatkowych czynności wykonanych lub nie przez uczestnika aukcji, z powołaniem się na nienależyte przygotowanie platformy aukcyjnej. Obciążanie odpowiedzialnością

Zamawiającego za nieprzewidzenie różnych zachowań uczestników korzystających z systemu aukcyjnego, które to zachowania przyniosły im niekorzystne skutki, jest nieuzasadnione (vide wyrok KIO 1012/10).

Mając powyższe na uwadze, wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie.

Odwołujący podkreślił, że informacje o wyniku aukcji podano dwukrotnie, tj. dn. 14 i 15 listopada. Podkreślił naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, postanowień specyfikacji i treści zaproszenia do aukcji przez brak podawania bieżących informacji o pozycji wykonawców w toku aukcji. Stwierdził, że wynik z 15.11.2019 r. nie jest wynikiem aukcji, lecz oceną dokonaną po uwzględnieniu wyników aukcji oraz pozostałych kryteriów, których aukcja nie dotyczyła i nie były przedmiotem aukcji. Nie kwestionuje potrzeby uwzględnienia wszystkich kryteriów w celu ustalenia bieżącej pozycji, jednakże taka czynność powinna następować w toku aukcji w związku z kolejnymi postąpieniami. Podkreślił, że nie miał możliwości samodzielnie na bieżąco obliczać swojej pozycji w czasie aukcji, wobec braku wystarczających danych ku temu, w szczególności, co do ustalenia pozycji drugiej, jako istotnej w tym postępowaniu. Przypomniał cel, jakiemu służy formuła aukcji w prowadzonych postępowaniach. Przypomniał, że pisma z 14 i 15 listopada nie informują o wyniku postępowania, lecz aukcji i są odmienne w swej treści, co jest niedopuszczalne. Tym samym, drugie pismo, wbrew sugestiom nie jest informacją o wyniku postępowania. Zauważył, że Zamawiający potwierdził, iż w toku aukcji nie podawano informacji o rzeczywistej pozycji wykonawcy w toku dokonywanych postąpień. Podkreślił, że sam również nie miał możliwości dysponowania taką informacją. Przywołał ponownie treść cz. VIII SIWZ i zaproszenia do aukcji, a przede wszystkim postanowienia ustawy. Zauważył, że pismo z 15.11. jest w swej treści wynikiem ręcznej ingerencji Zamawiającego, a nie powstałym automatycznie rezultatem, co narusza art. 91a ust 3 i 91 ust 2 pkt 6 PZP. Zauważył, że niniejsze postępowanie jest nietypowe z uwagi na fakt, że uzyskanie zamówienia jest przewidziane także dla podmiotu, który uzyskuje 2. pozycję w rankingu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał stanowisko przedstawione w złożonym piśmie. Wyjaśnił, że pismo z dn. 14.11 stanowi automatyczny wydruk czynności przeprowadzonej aukcji w zakresie ceny stosownie do deklaracji zawartej w SIWZ, cz. VIII. W piśmie z 15.11. przedstawiono tabelę uwzględniającą wynik aukcji i wszystkie kryteria opisane w cz. XXIV SIWZ. Wskazał, że w cz. VIII specyfikacji na str. 2 w pkt 1c opisano kolejność czynności prowadzonych w wyniku aukcji tj. po uzyskaniu w aukcji ceny Ł. Złożył

wykaz z dziennika zdarzeń systemowych portalu aukcji publicznych, w którym przedstawiono logowania uczestników zainteresowanych aukcją od dnia 07.11.2019, tj. przed 14.11, które stanowiły rodzaj próby czy ćwiczeń Odwołującego w ramach kwestionowanej aukcji. Podkreślił, iż zgodnie z treścią specyfikacji było oczywiste i niesporne, że aukcji ma podlegać tylko cena Ł.

Stwierdził, że wykonawca logował się próbnie do portalu. Powołał w całości treść pkt. VIII.1c SIWZ. Stwierdził, że w tym postępowaniu podzielono czynności na kilka etapów, w tym, w pierwszym oceniono oferty w kryteriach oceny technicznej, w drugim przeprowadzono aukcję w zakresie kosztu Ł, a w toku aukcji podawano wymagane przepisami informacje do wiadomości uczestników. Kolejnym etapem postępowania jest ustalenie jego wyniku z uwzględnieniem przeliczenia stosownie do postanowień SIWZ, ceny uzyskanej w toku aukcji z pozostałymi kosztami składającymi się na kryteria kosztowe.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania ze stanowiskiem przedstawionym w piśmie. Zauważył, że Odwołujący nie kwestionował postanowień SIWZ w szczególności dot. sposobu przeprowadzenia aukcji. Wskazał na doświadczenie wykonawcy w analogicznych postępowaniach. Podkreślił wyraźne zapisy SIWZ co do sposobu i kolejności prowadzonych czynności, w tym w trakcie przebiegu aukcji.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk przedstawionych na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Dysponowanie przez odwołującego legitymacją czynną w postępowaniu odwoławczym jako materialnoprawną przesłanką uczestnictwa w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp jest w sprawie niesporne; wykonawca jest zainteresowany ponowieniem czynności aukcji elektronicznej oczekując, że w wyniku jej przeprowadzenia i ponownej oceny jego oferty uzyska zamówienie.

Oceniając zarzuty odwołania należy w kontekście przepisów prawa przypomnieć należy, że zgodnie z art. 91c ust. 3 ustawy pzp w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informacje o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. 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.” Kolejny przepis, którego naruszenie zarzuca odwołujący zamawiającemu to art. 91b ust. 2a wskazujący, iż formuła matematyczna przedstawiona w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej (art. 91b ust. 2 w tym pkt 6), która zostanie wykorzystana w aukcji do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości, uwzględnia wagę wszystkich kryteriów oceny ofert.

Z uwagi na treść przytoczonych przepisów ustawy istotne jest wskazanie także mających zastosowanie w sprawie postanowień siwz. Zgodnie z treścią cz. VIII siwz przewidziano aukcję elektroniczną jednoetapową wskazując, że jej przedmiotem będzie wyłącznie Ł – łączny koszt zakupu kombajnu z uwzględnieniem kosztu rozłożenia płatności na raty tj. cena netto za dostawę jednego kompletnego kombajnu ścianowego. Pozostałe składowe składowe koszty nie podlegały akcji, natomiast stosownie do pkt 1c części VIII: „Pozostałe pozycje wyrażone w ofercie w złotych zostaną pomniejszone proporcjonalnie w wartości % do ceny (Ł) uzyskanej w wyniku aukcji elektronicznej tzn.: przy założeniu, że w wyniku aukcji elektronicznej cena najkorzystniejszej oferty na dostawę jednego kompletnego kombajnu ścianowego Ł jest o X% niższa od złożonej przez wykonawcę w ofercie pierwotnej, do uzyskania łącznej wartości zamówienia cena pozostałych składników oferty pierwotnej wyrażonych w złotych zostanie pomniejszona proporcjonalnie o takie samo X%.”

Z powyższego wynikało, że bezsprzecznie aukcji podlegał jedynie jeden składnik Kosztu. Natomiast przedmiotem sporu jest czy pomniejszenie pozostałych składników kosztu według wskazanej wyżej metody miało następować na bieżąco w trakcie trwania aukcji elektronicznej, za czym opowiada się odwołujący, czy też postanowienie wyżej wskazane oznacza, że po złożeniu najkorzystniejszej ceny w aukcji i po zakończeniu aukcji zamawiający dokona pomniejszenia pozostałych składników kosztu w proporcji do otrzymanej zniżki w składniku Ł, tj. w sposób zastosowany w postępowaniu przez zamawiającego.

Dokonanie oceny znacząco utrudnia okoliczność, iż aukcja, stosownie do postanowień siwz była przeprowadzona łącznie dla obu części, a odwołujący zgodnie z własną deklaracją był zainteresowany w uzyskaniu drugiej pozycji w klasyfikacji. W konsekwencji otrzymywane w trakcie aukcji, stosownie do art. 91c ust. 1 ustawy pzp, informacje o relacji punktacji jego oferty do punktacji oferty na pierwszym miejscu, nie miały dla niego istotnego znaczenia.

Należy jednak przypomnieć, że w oparciu o informacje z otwarcia ofert opublikowanej na portalu zamawiającego każdy z wykonawców wiedział, jakie są proporcje w danej ofercie

między poszczególnymi składnikami kosztu i jakie ewentualne konsekwencje w kryterium kosztowym powodować będą kolejne postąpienia wykonawców w toku aukcji mając za podstawę przedstawioną w siwz formułę matematyczną dla tego kryterium.

W takim stanie rzeczy skład orzekający uznaje, że zamawiający ustalił wyniki aukcji elektronicznej z zachowaniem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności Cz. VIII pkt 1 z zastosowaniem metody przeliczenia pozycji kosztowych w sposób przytoczony wyżej tj. pomniejszając proporcjonalnie wartości procentowe do ceny uzyskanej w wyniku aukcji elektronicznej. Podkreślenia w tym miejscu wymaga sformułowanie „w wyniku aukcji” oznaczające, że czynność pomniejszenia wartości była następcza w stosunku do czynności aukcji, nie zaś miałyby być przeprowadzona w jej trakcie.

Mając zatem na względzie, że wedle niekwestionowanych postanowień siwz aukcja obejmowała jedynie cenę Ł, a w kryterium oceny ofert ocenie podlegał łączny koszt, na który składały się Ł ustalony w wyniku aukcji oraz odpowiednio obliczone pozostałe składowe kryterium kosztu tj. R1, R2 i P, uzasadnione jest stwierdzenie o zgodności czynności zamawiającego, który w toku postępowania, a w szczególności w trakcie aukcji sposób nie wprowadzał innych niż ustanowione w siwz warunki.

W takim stanie rzeczy za wiarygodne uznać należy twierdzenie zamawiającego, że przedstawiony wykonawcom ranking ofert z dnia 15 listopada 2019 r. oparty jest na wyniku aukcji z uwzględnieniem dokonanych zgodnie z siwz przeliczeń punktacji w kryterium kosztu.

W takim stanie rzeczy, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Wnioskowanych przez przystępującego kosztów postępowania nie zasądono pomimo korzystnego dlań wyniku sprawy wobec braku ku temu podstaw prawnych.

Przewodniczący: