

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2021 r. przez wykonawcę **INSTAL-NIKA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Łódzką Spółkę Infrastrukturalną Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Usług Budowlanych „Budmel” Z., K. Sp. j. z siedzibą w Strykowie, TK TECH Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, E. Zi. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZINSBUD Inżynieria Bezwykopowa E. Z. z siedzibą w Pabianicach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **INSTAL-NIKA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **INSTAL-NIKA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Łódzka Spółka Infrastrukturalna Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami w ulicach: Srebrnej, Sierakowskiego, Mackiewicza, Polnej, Olsztyńskiej, Gdyńskiej i Hipotecznej w Łodzi”; Nr ref.: BZZ.2291.3.21.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 16 lipca 2021 roku wykonawca INSTAL – NIKA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec zaniechań i czynności dokonanych przez zamawiającego z naruszeniem ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rzekomo rażąco niską cenę, choć ocena ta została dokonana w odniesieniu do błędnego postąpienia odwołującego w toku aukcji elektronicznej, a nie prawidłowej ceny oferty odwołującego, która wyłącznie na skutek omyłki (niemożliwej do samodzielnego skorygowania przez odwołującego) została wskazana przez odwołującego w toku aukcji elektronicznej, o czym odwołujący niezwłocznie zawiadomił zamawiającego;
- 2) art. 234 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia aukcji elektronicznej, w toku której odwołujący złożył oczywiście błędne postąpienie, które wpłynęło na nieprawidłowość wyniku aukcji i konieczność jej wyjątkowego powtórzenia;
- 3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 238 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wybranie oferty konsorcjum firm: Zakład Usług Budowlanych „Budmel” Z., K. Sp j., TK TECH Sp. z o.o. oraz „ZINSBUD” Inżynieria Bezwykopowa E. Z., dalej jako „Konsorcjum Budmel” jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w sytuacji, gdy oczywiście błędne postąpienie wpłynęło na wynik aukcji, nie odzwierciedlając rzeczywistej ceny, jaką zaoferował Odwołujący, ale też uniemożliwiając kontynuowanie aukcji i składanie kolejnych postąpień przez innych wykonawców, co uniemożliwia uznanie, że to właśnie oferta Konsorcjum Budmel była najkorzystniejszą w Postępowaniu

względnie (w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu)

- 4) art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazania Zamawiającemu unieważnienia i przeprowadzenia ponownej aukcji elektronicznej,
względnie
- 4) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazania zamawiającemu dokonania poprawy oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie odwołującego.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

I. Okoliczności faktyczne istotne dla sprawy

Odwołujący podał, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami w ulicach: Srebrnej, Sierakowskiego, Mackiewicza, Polnej, Olsztyńskiej, Gdyńskiej i Hipotecznej w Łodzi”. Zgodnie z informacją przedstawioną w dniu otwarcia ofert, kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 11 984 336,93 zł. Zamawiający w Rozdziale 14 SWZ przewidział dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej, zgodnie z Rozdziałem 6 ustawy Pzp (Art. 227 - 238). Minimalna wartość postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej to 20 000 zł (rozd. 14 ust. 12 SWZ).

Oferty w Postępowaniu złożyło pięciu wykonawców:

- 1) Konsorcjum Budmel - 19 188 632,99 zł;
- 2) Odwołujący - 13 222 500,00 zł;
- 3) Konsorcjum: MMK-INŻ. Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Drogowo- Budowlane Kemy Sp. z o.o. - 19 680 000,000 zł;
- 4) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Budownictwa Warszawa Oddział Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. - 23 728 914,00 zł;
- 5) TECH-PIPE Sp. z o.o. - 18 450 000,00 zł.

W dniu 15 czerwca przeprowadzono aukcję elektroniczną. Odwołujący przedstawił

zestawienie tabelaryczne składanych postąpień w toku aukcji elektronicznej.

Ostatnie postąpienie zostało złożone przez odwołującego. Odwołujący wskazał, że postąpienie jest w oczywisty sposób obarczone błędem, zamiast obniżyć cenę o 50 000,00 PLN, odwołujący obniżył ją o 10 070 000,00 PLN, co było konsekwencją pominięcia jednej cyfry, tj. odwołujący miał zamiar wskazać wartość: 11 010 000,00 PLN, jednakże w wyniku omyłki pominięto cyfrę „0”.

Odwołujący podał, że celem zgłoszenia błędu, odwołujący niezwłocznie skontaktował się telefonicznie z operatorem Platformy zamówieniowej, jednak uzyskał informację, że administrator nie ma możliwości ingerowania w trwającą aukcję, a możliwość taką posiada jedynie zamawiający. Odwołujący wskazał, że w związku z tym skontaktował się z zamawiającym, tj. Panią M. S. wskazaną w Rozdziale 7 pkt 2 SWZ oraz w pkt I ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, opisując zaistniałą sytuację.

Osoba prowadząca postępowanie, tj. Pani M. S., poinformowała odwołującego, że nie jest ona w stanie zmienić ani anulować aukcji i że decyzja w tym zakresie należeć będzie do komisji przetargowej. Pomiędzy kolejnymi połączeniami telefonicznymi, z uwagi na upływ przewidzianych regulaminem aukcji 5 minut na zaoferowanie kolejnego postąpienia, aukcja uległa zakończeniu z ceną zaoferowaną przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, że nie miał możliwości samodzielnego poprawienia omyłki za pośrednictwem systemu.

Dalej odwołujący wskazał, że mimo świadomości po stronie zamawiającego, że w toku aukcji doszło do omyłki przy wpisywaniu postąpienia, następnego dnia, tj. 16 czerwca 2021 r., zamawiający skierował do odwołującego wezwanie w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podał, iż w dniu 21 czerwca 2021 r. złożył zamawiającemu pismo, w którym wyjaśnił, że w trakcie trwania aukcji elektronicznej doszło z jego strony do oczywistej omyłki pisarskiej, a mianowicie kwota zaproponowana za realizację zadania została błędnie pomniejszona - miała opiewać na kwotę 11 010 000,00 zł., a nie na 1 110 000,00 zł.

Odwołujący, mając na uwadze złożone przez wyjaśnienia, historię postąpień w trakcie aukcji elektronicznej, kwotę, jaką sam zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia i obiektywny brak możliwości zrealizowania zamówienia za kwotę nieco ponad miliona złotych, wniósł o zastosowanie przez zamawiającego dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp poprzez poprawienie w ofercie oczywistej omyłki pisarskiej, a także o uznanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty za bezprzedmiotowe.

Zamawiający, w dniu 6 lipca 2021 r., zawiadomił wszystkich wykonawców o wyborze oferty Konsorcjum Budmel oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. z uwagi na rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że aukcja została przeprowadzona w sposób prawidłowy, a

odwołujący złożył w jej toku ponad 10 postąpień, zatem znał sposób jej funkcjonowania. Zdaniem zamawiającego, odwołujący złożył ofertę z ceną 1 110 000,00 zł i pozostaje nią związany do upływu terminu związania ofertą. Zamawiający odniósł się do wniosku odwołującego o poprawienie omyłki uznając go za nieuzasadniony, ponieważ zdaniem zamawiającego sposób poprawienia omyłki nie jest oczywisty, ponieważ pominięte „0” można teoretycznie wpisać na kilka sposobów, tj. „10 110 000,00”; „11 010 000,00”; „11 100 000,00”. Zamawiający uznał, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę i nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaoferowaną kwotę.

Odwołujący stwierdził, że z opisanymi wyżej czynnościami i zaniechaniami zamawiającego w postępowaniu nie sposób się zgodzić.

II. Obowiązek powtórzenia aukcji elektronicznej

Odwołujący stwierdził, że nie kwestionuje ustalenia stanu faktycznego ustalonego przez zamawiającego i potwierdza, że Platforma Zakupowa działała prawidłowo, również po stronie odwołującego nie wystąpiła żadna awaria systemu elektronicznego. Odwołujący stwierdził, że przede wszystkim, nie można uznać, że cena oferty odwołującego ma charakter rażąco niski, ponieważ przedmiotem badania zamawiającego była nie rzeczywista cena oferty, lecz błędne postąpienie z aukcji elektronicznej, które wypaczyło wynik tej aukcji i w konsekwencji badania i oceny ofert. Na skutek omyłki zamawiający nie otrzymał oferty odwołującego, który odpowiadałby jego rzeczywistej woli. Jediną możliwością naprawienia tych wad postępowania jest powtórzenie wadliwej aukcji.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w Rozdziale 14 SWZ „Informacje dotyczące aukcji elektronicznej” nie przewidział sytuacji popełnienia błędu w postąpieniu w toku aukcji i nie określił ewentualnego sposobu poprawienia takiej omyłki.

Zgodnie z Rozdziałem 7 pkt 6 SWZ, wymagania techniczne i organizacyjne korzystania z Platformy Zakupowej określa Regulamin Platformy Zakupowej (dostępny pod adresem <https://lsi.eb2b.com.pl>). Regulamin ten również nie odnosi się do możliwości poprawienia omyłki w postąpieniu.

Odwołujący wywodził, że skoro zatem ani zamawiający, ani Platforma Zakupowa, nie przewidziały innego rozwiązania dla zaistniałej sytuacji, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej aukcja podlega unieważnieniu i zamawiający będzie zobowiązany do jej powtórzenia, ponieważ jest to w tej sytuacji jedyna możliwość zapewnienia równego traktowania wykonawców w Postępowaniu. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 5 listopada 2015 r., o sygn. akt KIO 2275/15 oraz wyrok z 7 grudnia 2020 r. o sygn. akt KIO 3018/20.

Odwołujący wskazał, że choć powyższe orzeczenia zapadły na gruncie poprzedniej ustawy, przedstawiona argumentacja ma pełne zastosowanie w niniejszym Postępowaniu. Odwołujący stwierdził, iż tak jak obaj wykonawcy z przywołanych wyroków, złożył

postąpienie, które jest w sposób oczywisty błędne, pozbawione jednej cyfry, co powoduje, że okoliczność wystąpienia błędu w zasadzie nie wymaga dowodzenia, ponieważ zaoferowana cena oferty jest dziesięciokrotnie niższa od poziomu wyceny oferty przez pozostałych wykonawców, budżetu zaplanowanego przez zamawiającego, a także składającego postąpienie Odwołującego. Odwołujący podniósł, iż on także niezwłocznie poinformował o wystąpieniu błędu zamawiającego, który jednak błędnie uznał, że nie ma możliwości naprawienia wadliwych czynności w Postępowaniu i odrzucił ofertę odwołującego, choć w rzeczywistości odwołujący nie zaoferował ceny, wedle której oceniał jego ofertę zamawiający.

Odwołujący argumentował, że unieważnienie jest uzasadnione także dlatego, że czynność odwołującego spowodowała przedwczesne zakończenie aukcji - jej przedłużenie o 5 minut następowało automatycznie po każdym postąpieniu. W tym czasie inny wykonawca musiałby zaoferować ceną niższą niż tak, omyłkowo wskazana przez odwołującego, na co żaden z wykonawców nie mógł się zdecydować, co doprowadziło do zakończenia aukcji, która mogłaby się z powodzeniem jeszcze toczyć. Odwołujący wskazał, że w tej sytuacji pokrzywdzeni mogą być więc nie tylko inni wykonawcy, którzy (w sposób niezamierzony przez odwołującego) zostali pozbawieni możliwości składania kolejnych postąpień, ale także zamawiający, który w przypadku przeprowadzenia prawidłowej aukcji uzyskałby jeszcze niższą cenę, z korzyścią dla finansów publicznych.

Reasumując Odwołujący stwierdził, iż aby zapewnić równe traktowanie wykonawców oraz prawidłowy przebieg aukcji elektronicznej konieczne jest w tych wyjątkowych okolicznościach jej powtórzenie.

III. Obowiązek poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej - zarzut ewentualny

Ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący przywołał stanowisko doktryny: „Oczywista omyłka pisarska jest pojęciem ustawowym, niezdefiniowanym w ustawie. Dlatego też dla określenia jej treści należy posługiwać się dotychczasową wykładnią dokonywaną przez judykaturę. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku SO w Katowicach z 26.7.2005 r. (IV Ca 340/05, niepubl.) oczywistą omyłką jest określona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez potrzeby przeprowadzenia dodatkowych badań czy ustaleń (por. wyr. KIO z: 3.4.2008 r, KIO/UZP 243/08, Legalis; 22.2.2008 r., KIO/UZP100/08 Legalis; wyr. ZA z 27.7.2006 r., UZP/ZO/0-2142/06, Legalis). Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu (zob. wyr. ZA z 30.11.2006 r., UZP/ZO/0-2862/06, Legalis). (...) Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym,

pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. (...) Poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej oraz omyłki rachunkowej jest obowiązkiem zamawiającego (Paweł Granecki, Iga Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2021).

Odwołujący wskazał, że nie jest sporna w niniejszej sprawie okoliczność, że odwołujący popełnił oczywistą omyłkę pisarską w trwającej ponad 2,5 godziny aukcji elektronicznej, oraz że zamawiający w SWZ ani Platforma Zakupowa nie dawały możliwości poprawienia tego błędu w czasie trwania aukcji.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wskazuje w piśmie z dnia 6 lipca 2021 r., że sposób poprawienia omyłki nie był dla niego oczywisty. Odwołujący wskazał, że choć pominięte „0” można teoretycznie wpisać na kilka sposobów, tj. „10 110 000,00”; „11 010 000,00”; „11 100 000,00”, to jednak są to rozważania wyłącznie teoretyczne. Po pierwsze system aukcyjny nie przyjąłby oferty droższej, co automatycznie wyklucza możliwość poprawienia omyłki na kwotę 11 100 000 zł. Po drugie, historia kolejnych postępień, ale także znana wszystkim wykonawcom kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, wskazuje, że nie byłoby racjonalne obniżanie ceny aż o przeszło milion złotych. To z kolei prowadzi do wniosku, że naturalnym i wydaje się że oczywistym sposobem poprawienia omyłki było właśnie poprawienie jej na kwotę 11 010 000 zł. Co istotne, w ocenie odwołującego, nawet gdyby zamawiający dokonał poprawienia omyłki w sposób inny, odwołującemu przysługiwałyby także środki ochrony prawnej w celu korekty czynności zamawiającego.

Wobec powyższego, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający w dniu 9 sierpnia 2021 r. wniósł, w postaci elektronicznej, odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania i przedstawił swoje stanowisko co do podniesionych zarzutów.

W dniu 10 sierpnia 2021 r. Konsorcjum Budmel, jako wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wniósł swoje stanowisko na piśmie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówienie oraz specyfikacji warunków zamówienia, zaproszenia do udziału w aukcji, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych

skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Budowlanych „Budmel” Z., K. Sp. j. z siedzibą w Strykowie, TK TECH Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, E. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZINSBUD Inżynieria Bezwykopowa E. Z. z siedzibą w Pabianicach (dalej Konsorcjum Budmel) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami w ulicach: Srebrnej, Sierakowskiego, Makiewicza, Polnej, Olsztyńskiej, Gdyńskiej i hipotecznej w Łodzi” nr ref. BZZ.2291.3.21. W dniu 23 kwietnia 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu pod numerem 2021/S 079-2039994.

Izba ustaliła, iż zgodnie z Rozdziałem 2. Tryb udzielenia zamówienia oraz informacje o postępowaniu Specyfikacji Warunków zamówienia (dalej SWZ) pkt 5 *„Zamawiający przewiduje zastosowanie aukcji elektronicznej do wyboru oferty najkorzystniejszej.”*

Zgodnie z Rozdział 7. Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z Wykonawcami pkt 4 SWZ *„W postępowaniu komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności składanie ofert oraz wszelkich oświadczeń odbywa się przy użyciu Platformy. Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich wczytania do Platformy. We wszelkiej korespondencji związanej z niniejszym postępowaniem Zamawiający i Wykonawcy posługują się nr postępowania Zamawiającego, o którym mowa w pkt. 1.”* Ponadto w pkt 14, 15 i 16 ww. rozdziału zamawiający wskazał *„14. Komunikacja między Zamawiającym a*

Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy w zakładce „Pytania / Informacje”. Za datę wpływu, wniosków, zawiadomień, dokumentów elektronicznych, oświadczeń oraz innych informacji przyjmuje się datę ich wczytania do Systemu (przesłania na Platformę). 15. Ilekroć w niniejszej SWZ jest mowa o środkach komunikacji elektronicznej należy przez to rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy Pzp. 16. Oznaczenie czasu odbioru danych przez Platformę stanowi przypiętą do dokumentu elektronicznego datę (rrrr:mm:dd) oraz dokładny czas (hh:mm:ss), znajdującą się po prawej stronie dokumentu w kolumnie „Data przesłania”.

Rozdział 14. Informacje dotyczące aukcji elektronicznej SWZ zawiera następujące informacje:

1. „Zamawiający przewiduje dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej, zgodnie z Rozdziałem 6 ustawy Pzp (Art. 227 – 238).
2. **Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli w postępowaniu zostaną złożone co najmniej 2 (dwie) oferty niepodlegające odrzuceniu.**
3. Aukcja elektroniczna zostanie przeprowadzona na stronie <https://lsi.eb2b.com.pl>.
4. W toku aukcji elektronicznej kryterium cena będzie oceniane wg wagi określonej w Rozdziale 9 pkt 1 niniejszej SWZ. Pozostałe kryteria nie będą przedmiotem aukcji – punkty za pozostałe kryteria zostaną wpisane przez Zamawiającego zgodnie z ofertą Wykonawcy i zsumowane z punktami za kryterium – cena.
5. Wymagania techniczne urządzeń informatycznych - zgodnie z zapisami Rozdziału 7.
6. Wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, dostaną na adres e-mail podany w ofercie, zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. Zamawiający przed wysłaniem zaproszenia do udziału w aukcji założy konta na Platformie Zakupowej Przedstawicielom Wykonawców, którzy jeszcze go nie posiadają, a zostali wskazani w ofercie. Wykonawcy, którzy chcą wziąć udział w aukcji elektronicznej, muszą się zalogować do Platformy Zakupowej.
7. Warunkiem wzięcia udziału w aukcji elektronicznej jest dysponowanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający zaleca posługiwanie się podpisami największych polskich wydawców. Podpis będzie wymagany przy każdej zmianie oferty.
8. **Zamawiający wymaga, aby w trakcie aukcji zmiany oferty dokonywała osoba upoważniona do reprezentowania Wykonawcy, posiadająca kwalifikowany podpis elektroniczny. Upoważnienie to musi wynikać wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny Wykonawcy (odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej) lub ze stosownego pełnomocnictwa wystawionego lub udzielonego przez osoby do tego upoważnione, załączonego do oferty lub dostarczonego do Zamawiającego w**

terminie przez niego wyznaczonym. Dane tej osoby należy podać w Formularzu Oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ.

9. *Podstawowy czas trwania aukcji wynosi 30 minut.*
10. *Czas trwania aukcji może zostać wydłużony o czas ewentualnych dogrywek. Dogrywka będzie miała miejsce, jeśli w ciągu ostatnich 5 minut czasu trwania aukcji zostanie złożone jakiekolwiek postąpienie. W takim przypadku aukcja zostanie przedłużona o 5 minut. Czas trwania każdej dogrywki wynosi 5 minut. Ilość dogrywek jest nieograniczona. Dogrywki uruchamiane są kolejno jeżeli w czasie trwania dogrywki Wykonawca złoży postąpienie.*
11. *Warunki zamknięcia aukcji elektronicznej: aukcja zostanie zakończona jeżeli w ciągu ostatnich 5 minut czasu trwania aukcji lub czasu trwania dogrywki nie zostanie złożone żadne postąpienie.*
12. *Minimalna wartość postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej: 20 000,00*
13. *Wszelkie pozostałe informacje dotyczące przebiegu aukcji zostaną Wykonawcy przekazane w zaproszeniu.*
Jednocześnie Zamawiający informuje, iż przewiduje możliwość przeprowadzenia próbnej aukcji lub testu podpisów elektronicznych.,,

W postępowaniu, co potwierdził również odwołujący w odwołaniu, wpłynęło 5 ofert.

Zamawiający w dniu 10 czerwca 2021 r., wystosował do wykonawców zaproszenie do udziału w aukcji w następującym brzmieniu „Zamawiający, tj. Łódzka Spółka Infrastrukturalna z siedzibą w Łodzi, działając zgodnie z art. 232 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019r. poz. 2019 ze zm.) zaprasza Państwa do udziału w aukcji elektronicznej, która zostanie przeprowadzona w celu wyboru najkorzystniejszej w postępowaniu pn.: „Przebudowa sieci wodociągowej wraz z przyłączami w ulicach: Srebrnej, Sierakowskiego, Mackiewicza, Polnej, Olsztyńskiej, Gdyńskiej i Hipotecznej w Łodzi” znak sprawy BZZ.2291.5.21, zgodnie z zapisami rozdziału nr 14 Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, informujemy, że:

1. *Termin otwarcia aukcji elektronicznej: 15.06.2021r., godz. 10:00*
2. *Podstawowy czas trwania aukcji wynosi 30 minut.*
3. *Czas trwania aukcji może zostać wydłużony o czas ewentualnych dogrywek. Dogrywka będzie miała miejsce, jeśli w ciągu ostatnich 5 minut czasu trwania aukcji zostanie złożone jakiekolwiek postąpienie. W takim przypadku aukcja zostanie przedłużona o 5 minut. Czas trwania każdej dogrywki wynosi 5 minut. Ilość dogrywek jest nieograniczona. Dogrywki uruchamiane są kolejno jeżeli w czasie trwania dogrywki Wykonawca złoży postąpienie.*

4. Warunki zamknięcia aukcji elektronicznej: aukcja zostanie zakończona jeżeli w ciągu ostatnich 5 minut czasu trwania aukcji lub czasu trwania dogrywki nie zostanie złożone żadne postąpienie.

W związku z tym, że złożenie oferty następuje w momencie kiedy system zapisze w bazie danych złożoną przez wykonawcę podpisaną ofertę, a nie w momencie kiedy wykonawca wyśle ofertę – wykonawcy nie powinni składać oferty dosłownie w ostatniej sekundzie, lecz przewidzieć kilka/kilkanaście sekund na procesowanie złożonej oferty.

5. Minimalna wartość postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej:

20 000,00 zł brutto (słownie: dwadzieścia tysięcy zł i 00/100);

6. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej, z podaniem formuły matematycznej, która zostanie wykorzystana w toku aukcji do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji:

W toku aukcji elektronicznej kryterium – cena będzie oceniane zgodnie z zapisami SIWZ.

Kryterium – termin gwarancji i rękojmi za wady fizyczne i prawne nie będzie przedmiotem aukcji, a punkty za to kryterium zostaną wpisane przez Zamawiającego zgodnie z treścią oferty Wykonawcy i zsumowane z punktami za kryterium – cena.

•kryterium cena – 80 % – maksymalnie 80 pkt

W ramach kryterium ceny Zamawiający będzie przyznawał punkty (**P1**) zgodnie z poniższym wzorem:

$$P1 = (Cmin/Ci) *80 \text{ pkt}$$

gdzie:

P1 – ilość punktów jakie otrzyma oferta oceniana

Cmin – najniższa cena spośród ocenianych ofert

Ci – cena oferty ocenianej

Ilość punktów będzie obliczana do dwóch miejsc po przecinku.

•kryterium termin gwarancji jakości za wady fizyczne i prawne – 20 % – maksymalnie 20 pkt

W ramach kryterium terminu gwarancji Zamawiający będzie przyznawał punkty (**P2**) wg reguły:

– okres gwarancji 36 miesięcy – 0 pkt

– okres gwarancji 42 miesiące – 5 pkt

– okres gwarancji 48 miesięcy – 10 pkt

– okres gwarancji 54 miesiące – 15 pkt

– okres gwarancji 60 miesięcy – 20 pkt

Łączna ilość punktów za oba kryteria będzie obliczana i wyświetlana automatycznie podczas aukcji z dokładnością do trzech miejsc po przecinku.

7. Informacja o pozycji danej oferty i otrzymanej punktacji stanowi załącznik do niniejszego Zaprośzenia, odrębnie dla każdego Wykonawcy. Informacja ta będzie widoczna również po zalogowaniu się do platformy aukcyjnej.

8. W toku aukcji Wykonawcy będą na bieżąco informowani o pozycji złożonej oferty, jej punktacji oraz o cenie i punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiającej identyfikację Wykonawców.
9. Podczas aukcji oferta będzie rankingowana z uwzględnieniem oceny oferty (liczby punktów) oraz czasu złożenia oferty.
10. Aukcja zostanie przeprowadzona na platformie aukcyjnej Aukcje Elektroniczne eB2B na stronie <https://lsi.eb2b.com.pl>.
11. Wykonawcy, którzy chcą wziąć udział w aukcji elektronicznej, muszą zalogować się do platformy aukcyjnej.
12. Zamawiający zaleca aby Wykonawcy przed przystąpieniem do aukcji zweryfikowali ustawienia konta na platformie aukcyjnej. W szczególności czy wskazane w ofercie osoby uprawnione do składania postępień w toku aukcji (posiadające stosowne pełnomocnictwa) będą mogły składać postąpienia w toku aukcji.
13. Zamawiający zaleca, aby przed przystąpieniem do aukcji Wykonawca zapoznał się z „Instrukcją obsługi platformy zakupowej eB2B – podręcznik Oferenta” znajdującej się na stronie startowej w zakładce „POMOC”.
14. Zamawiający zaleca, aby przed przystąpieniem do aukcji w celu przetestowania podpisu elektronicznego oraz zapoznania się z platformą aukcyjną, każdy Wykonawca skontaktował się z operatorem platformy, na której odbędzie się aukcja elektroniczna – dane kontaktowe operatora znajdują się w ust. 20 Zaproszenia.
15. Zamawiający przeprowadzi aukcję testową. Zamawiający zaleca udział w aukcji testowej.
16. W wypadku, gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, Zamawiający wyznaczy termin kontynuowania aukcji na następny po usunięciu awarii dzień roboczy, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu. Problemy techniczne po stronie Wykonawców nie będą miały wpływu na bieg aukcji.
17. Każde postąpienie musi być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający informuje, że na podstawie art. 131 ustawy z dnia 5 września 2016r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz.U.2019, poz. 162) bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu w rozumieniu ustawy z dnia 18 września 2001r. o podpisie elektronicznym (Dz.U. z 2013r., poz. 262, z 2014r. poz. 1662 oraz z 2015r. poz. 1893) jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający wymaga, aby w trakcie aukcji zmiany oferty dokonywała osoba posiadająca kwalifikowany podpis elektroniczny, upoważniona do reprezentowania Wykonawcy. Upoważnienie to musi wynikać wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny Wykonawcy (odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej) lub ze stosownego pełnomocnictwa wystawionego lub udzielonego przez

osoby do tego upoważnione, załączonego do oferty lub dostarczonego do Zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym. Dane tej osoby winny być zgodne z danymi określonymi przez Wykonawcę w Formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ.

18. Wykonawca, którego oferta po przeprowadzeniu aukcji otrzyma najwyższą liczbę punktów, zostanie wezwany do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w Rozdziale 6 ust. 2 SWZ.

19. Osobą uprawnioną do kontaktu w imieniu Zamawiającego jest: **M. S.**, e-mail: **zamowienia@lsi.lodz.pl**.

20. Informacji technicznych związanych z organizacją aukcji udziela operator platformy aukcyjnej pod numerem telefonu **+48 22 428 19 28**, e-mail: **admin@eb2b.com.pl**

POUCZENIE

Zamawiający informuje, że od niniejszej czynności przysługują środki ochrony prawnej określone w Dziale IX ustawy Pzp.”

Zamawiający nie wymagał dla możliwości złożenia postąpienia przebiccia oferty prowadzącej.

Wykonawcy w toku aukcji mogli składać tylko oferty niższe niż złożone uprzednio.

W dniu 15 czerwca 2021 r. odbyła się aukcja elektroniczna w przedmiotowym postępowaniu.

Aukcja rozpoczęła się o godz. 10.00, a zakończyła o godz. 12.55.

O godz. 12:39:29 odwołujący złożył postąpienie (po kilku składanych wcześniej) i zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 1 110 000,00 zł. Po tym postąpieniu odwołującego złożono jeszcze dwa postąpienia, o godz. 12:45:55 i 12:47:23 – oba przez Konsorcjum Budmel. Ostatecznie Konsorcjum Budmel zaoferowało cenę 11 060 000,00 zł.

Zgodnie z notatką służbową p. M. S., w dniu 15.06.2021 r. odbyła ona rozmowę telefoniczną z przedstawicielem wykonawcy Instal –Nika Sp. z o.o. Sp. k. w trakcie której wykonawca poinformował o złożeniu błędnej oferty w toku aukcji. P. M. S. poinformowała wykonawcę, że zamawiający nie może poprawić oferty w toku aukcji, oraz że decyzję odnośnie dalszego przebiegu postępowania będą podejmowane przez komisję oraz zamawiającego.

Zamawiający w dn. 16 czerwca 2021 r. wezwał odwołującego, działając na podstawie art. 224 ust. 2 punkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 r., poz. 2019 ze zm.), do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, odwołujący w dn. 21 czerwca 2021 r. złożył zamawiającemu pismo w którym wskazał, „W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 16.06.2021 r. dotyczące wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oświadczamy, że w trakcie trwania aukcji elektronicznej dotyczącej w/w postępowania doszło z naszej strony do oczywistej omyłki pisarskiej.

W trakcie wprowadzania kolejnego już postąpienia we wspomnianej aukcji (trwającej wówczas już ponad 2,5 godziny) kwota zaproponowana za realizację zadania została błędnie pomniejszona.

Nasza propozycja za wykonanie zadania miała opiewać na kwotę **11 010 000,00 zł.**, a nie 1 110 000,00 zł.

Natychmiast zgłosiliśmy omyłkę do administratora platformy obsługującej licytację jednak z informacji jakie uzyskaliśmy wynikało, że nie ma on możliwości ingerowania w trwającą aukcję, a taką możliwość posiada jedynie Zamawiający. Niezwłocznie skontaktowaliśmy się z Panią M. S. z ramienia Zamawiającego, prowadzącą postępowanie i przedstawiliśmy całą zaistniałą sytuację.

Z historii naszych postąpień jasno wynika, że proponowane wartości nawet nie były zbliżone do błędnie wpisanej kwoty 1 110 000,00 zł., a gdybyśmy faktycznie chcieli wykonać zadanie za tak absurdalnie niską kwotę to już w pierwszym postąpieniu byśmy ją zaproponowali i nie tracili czasu swojego jak i innych uczestników aukcji.

Oczywistą kwestią jest fakt, że zakres robót objętych w/w zadaniem nie jest możliwy do wykonania za kwotę 1 110 000,00 zł. z czego wszyscy powinni zdawać sobie sprawę, cena naszej oferty w momencie złożenia pierwszej oferty wynosiła 13 222 500,00 zł.

Tym bardziej znając budżet, jaki Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, świadome zaproponowanie realizacji zadania za kwotę 1 110 000,00 zł wiązałoby się z wezwaniem z Państwa strony do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i niechybnie z odrzuceniem oferty w związku z brakiem możliwości wskazania rozsądnych wyjaśnień w tym zakresie.

W związku z powyższym oświadczamy, że cena jaką w trakcie ostatniego postąpienia chcieliśmy zaoferować za realizację zadania to 11 010 000,00 zł (jedenaście milionów dziesięć tysięcy złotych) brutto i za tą kwotę wykonamy całość przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, Opiszem Przedmiotu Zamówienia i Projektem Umowy.

Mając na uwadze złożone przez nas wyjaśnienia oraz historię naszych postąpień w trakcie aukcji elektronicznej, wnosimy o zastosowanie przez Zamawiającego dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp poprzez poprawienie w naszej ofercie oczywistej omyłki pisarskiej, tym samym wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty jawi się jako bezprzedmiotowe.”

Zamawiający w dn. 6 lipca 2021 r. wybrał jako ofertę najkorzystniejszą ofertę przystępującego, a ofertę odwołującego odrzucił przedstawiając stosowne uzasadnienie swojej decyzji.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzuty podniesione w odwołaniu podlegały oddaleniu.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp tj. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
 - 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
 - 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
2. art. 226 pkt 1 pkt 8 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. art. 16 ustawy Pzp tj. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny
4. art. 234 ust. 1 ustawy Pzp tj. 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.
5. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia
6. art. 238 ustawy Pzp tj. Zamawiający po zamknięciu aukcji elektronicznej dokonuje oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej.

W ocenie Izby, Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy Pzp powołanych w odwołaniu. Aukcja elektroniczna została przeprowadzona w sposób prawidłowy zarówno pod względem formalnym jak i technicznym. Izba nie stwierdziła uchybień w tym zakresie po stronie zamawiającego. Dostrzeżenia wymaga, iż zamawiający przygotowując aukcję i formułując postanowienia SWZ oraz zaproszenie do aukcji wskazywał możliwości zapoznania się z funkcjonowaniem platformy aukcyjnej oraz zalecał wykonawcom, aby przed przystąpieniem do aukcji w celu przetestowania podpisu elektronicznego oraz zapoznania się z platformą aukcyjną, każdy Wykonawca skontaktował się z operatorem platformy, na której odbędzie się aukcja elektroniczna, podając dane kontaktowe operatora. Ponadto przeprowadził aukcję testową. Wobec powyższego uznać należy, iż zamawiający dołożył należytej staranności a celu przeprowadzenia aukcji z jak najmniejszym ryzykiem błędów. Wskazać należy, iż zgodnie z informacją operatora aukcji firmy eB2B Service Sp. z o.o. Sp. k., z dn. 7 sierpnia 2021 r., załączoną do odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego, składanie postąpienia odbywało się w czterech etapach i na każdym z nich wykonawca mógł przerwać tę czynność stwierdzając, iż nie chce złożyć oferty o wstępnie zaproponowanej treści.

Ze względu na fakt, iż aukcja elektroniczna charakteryzuje się automatyzmem oceny ofert, która jest dokonywana przez system bez ingerencji zamawiającego, Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż wadą dokumentacji przetargowej był brak procedury konwalidacji postąpienia w sytuacji popełnienia błędu lub omyłki przy jego składaniu. Izba stwierdziła, iż złożenie przez odwołującego oferty znacząco odbiegającej od cen innych wykonawców, nie stanowi wady postępowania.

Okoliczności niniejszej sprawy nie dają podstaw do stwierdzenia, iż konieczne jest powtórzenie aukcji i unieważnienie jej wyniku. W szczególności należy zauważyć, iż przytoczone przez odwołującego orzeczenia zostały wydane w odmiennym stanie faktycznym od zaistniałego w niniejszej sprawie. W przywołanych sprawach, wykonawcy natychmiast po spostrzeżeniu błędu poinformowali o nim zamawiającego, w formie przewidzianej dla składania oświadczeń woli. Zamawiający określił sposób komunikacji w postępowaniu w rozdziale 7 SWZ wskazując, iż postępowanie prowadzone jest w języku polskim przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem Platformy zakupowej. Również w zaproszeniu do aukcji zamawiający przewidział komunikację elektroniczną wskazując adres e-mail osoby uprawnionej do kontaktu. W postępowaniu komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności składanie ofert oraz wszelkich oświadczeń odbywa się przy użyciu Platformy. Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich wczytania do Platformy. Odwołujący do momentu udzielania odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienie

rażąco niskiej ceny tj. przez kilka dni po zakończeniu aukcji elektronicznej, nie złożył oświadczenia w formie przewidzianej w niniejszym postępowaniu dla składania o świadczeń woli, o błędnym zaoferowaniu ceny w postąpieniu oraz o kwocie jaką w rzeczywistości chciał zaoferować. Podkreślić również należy, iż stosownie do art. 234 ust. 2 ustawy Pzp postąpienia, pod rygorem nieważności, składane są w formie elektronicznej, niedopuszczalne więc było przyjęcie, że wykonawca może złożyć postąpienie w innej formie i „anulować” złożone postąpienie w innej formie niż elektroniczna.

Wobec tak ustalonych zasad komunikacji w ocenie Izby bez znaczenia dla sprawy była treść rozmowy telefonicznej pomiędzy przedstawicielem zamawiającego a odwołującego, nawet gdyby przyjąć, iż w trakcie tej rozmowy wykonawca wskazał kwotę jaką zamierzał zaoferować to okoliczność ta jest w ocenie Izby jest bez znaczenia. Zamawiający, nie miał możliwości poprawienia złożonego postąpienia, nie mógł też w imieniu wykonawcy złożyć oferty. Podkreślić należy, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i nie zawsze jest tak, że ten formalizm jest bezpodstawny. Formalizm postępowania ma za zadanie zapewniać realizację postępowań zgodnie z ustawą Pzp i chronić wykonawców przed niepożądanymi zachowaniami zamawiającego. W ocenie Izby, brak było podstaw do podjęcia przez Zamawiającego, czynności na podstawie ustnej informacji. Zamawiający po zakończeniu aukcji elektronicznej i zapoznaniu się z ofertami jakie zostały złożone w jej toku przystąpił do ich badania i oceny i w ocenie Izby podjął właściwe czynności. W niniejszej sprawie dostrzeżenia również wymagało, że odwołujący nie potwierdził informacji przekazanej ustnie, poprzez przyjętą formę komunikacji elektronicznej, w toku aukcji elektronicznej, chociaż od momentu złożenia zaniżonego postąpienia przez odwołującego do jej zakończenia upłynęło ponad 15 minut. Wykonawca jako podmiot profesjonalnie prowadzący działalność gospodarczą zobowiązany jest do zachowania należytej staranności. Natomiast w tej sprawie taka staranność w ocenie Izby nie została przez odwołującego dochowana. Reakcję odwołującego na popełniony błąd - w postaci telefonu do zamawiającego, uznać należy za nieprofesjonalną. Jak przyznał sam odwołujący, w toku rozprawy, w tym zakresie nie dochował należytej staranności. W zamówieniach publicznych komunikacja ustna dopuszczona jest co do zasady tylko i wyłącznie w nieistotnych kwestiach, w przypadku składania jakichkolwiek oświadczeń konieczne jest zastosowanie formy pisemnej. Zasada pisemności jest jedną z naczelných zasad ustawy Pzp. Izba, stanowczo nie zgada się ze stanowiskiem pełnomocnika odwołującego wyrażonym w toku rozprawy, iż cyt. „kluczowe znaczenie dla niniejszej sprawy ma fakt, iż w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym przez zamawiającego w dniu 23.04.2021 r. wskazano osobę do kontaktu, tj. p. M. S., podając również jej numer telefonu. W związku z tym zamawiający dopuścił w niniejszym postępowaniu kontakt telefoniczny wykonawców z zamawiającym, co w ocenie odwołującego oznacza dopuszczenie składania

oświadczeń woli w formie ustnej.” Jak już wskazano powyżej formy komunikacji i składania oświadczeń woli w postępowaniu zostały precyzyjnie określone przez zamawiającego i niewątpliwie nie ma wśród nich formy ustnej.

Przedstawienie własnego stanowiska i wskazanie jaką kwotę zamierzał zaoferować dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny uznać należy za spóźnione o tyle, że wobec znajomości przez odwołującego ostatecznych cen zaoferowanych w aukcji może budzić wątpliwości w zakresie dochowania zasad uczciwej konkurencji. Przyjęcie przez zamawiającego oświadczenia o złożeniu oświadczenia pod wpływem błędu po zakończeniu aukcji elektronicznej, w sytuacji gdy składający je wykonawca znał już ceny zaoferowane przez innych wykonawców, zdaniem Izby jest niedopuszczalne gdyż stwarza ryzyko naruszenia zasady uczciwej konkurencji i manipulacji wynikiem postępowania. Powyższe twierdzenie jest tym bardziej uzasadnione, że odwołujący oprócz stwierdzenia, że postąpienie na kwotę 1 110 000 zł zostało złożone pod wpływem błędu, wskazał jednocześnie kwotę jaką zamierzał zaoferować i była ona niższa niż zaoferowana w toku aukcji przez przystępującego, a tym samym byłaby najkorzystniejszą ceną w postępowaniu.

Wobec tego, w ocenie Izby, to odwołujący ponosi odpowiedzialność za zaistniałą sytuację i konieczność odrzucenia jego oferty. W niniejszym przypadku nie można mówić o nieprawidłowości wyniku aukcji, czy też uniemożliwieniu składania dalszych postąpień innym wykonawcom – czego potwierdzeniem są postąpienia złożone przez przystępującego. Zamawiający dla złożenia postąpienie nie wymagał od wykonawców przebiccia oferty prowadzącej. Inni wykonawcy mieli możliwość składania kolejnych postąpień.

Izba stwierdziła, iż w niniejszej sprawie nie może też być mowy o poprawieniu zaistniałego błędu jako oczywistej omyłki pisarskiej. Izba podziela stanowisko judykatury i doktryny przytoczone w tym zakresie przez odwołującego. Stwierdza również, iż poprawienie oczywistej omyłki jest obowiązkiem zamawiającego, jeżeli ona zaistnieje. W odniesieniu do stanu faktycznego sprawy, wskazać jednak należy, iż zaistniała omyłka nie ma przymiotu oczywistości, co pośrednio potwierdza sam odwołujący w odwołaniu przeprowadzając wywód dlaczego tylko kwotę 11 010 000 zł, a nie inne wskazane przez zamawiającego, należy uznać za właściwą np. poprzez odniesienie do kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż bez dodatkowego oświadczenia wykonawcy, zamawiający nie miał podstaw do ustalenia jaka kwota miała być zaoferowana.

W konkretnych okolicznościach sprawy Izba, wobec wyników postępowania dowodowego, stwierdziła niezasadność podnoszonych zarzutów oraz brak naruszenia zasad ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....