

WYROK

z dnia 7 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Inżynieria Rzeszów S.A. (lider) oraz Przedsiębiorstwo „Agat” S.A. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Podkarpackie w Rzeszowie, Al. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Budimex S.A. (lider) oraz KZN Rail Sp. z o.o. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Inżynieria Rzeszów S.A. (lider) oraz Przedsiębiorstwo „Agat” S.A. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum form w składzie: **Inżynieria Rzeszów S.A. (lider) oraz Przedsiębiorstwo „Agat” S.A. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania „Budowa Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej – PKA Zakup taboru wraz z budową zaplecza technicznego” – Budowa punktu obsługi technicznej wraz z zapleczem” prowadzonego przez Województwo Podkarpackie w Rzeszowie, Al. Łukasza Cieplińskiego 4, 35-010 Rzeszów (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum form w składzie: Inżynieria Rzeszów S.A. (lider) oraz Przedsiębiorstwo „Agat” S.A. (partner) z siedzibą dla lidera: ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1, art. 91 b ust. 1, art. 91 c ust. 4, poprzez zaproszenie wykonawców do drugiej aukcji elektronicznej w sytuacji, gdy w postępowaniu została już przeprowadzona aukcja elektroniczna zakończona wskazaniem zwycięskiego wykonawcy, nie wystąpiły żadne przesłanki do unieważnienia pierwszej aukcji, zaś wskazany wykonawca, a także dwaj pozostali wykonawcy uczestniczący w aukcji w tej liczbie odwołujący pozostają związani złożonymi ofertami, co prowadzi do ominięcia przepisów ustawy dotyczących postępowania z ofertą po jej złożeniu, a także naruszenia zasady uczciwej konkurencji na skutek próby wymuszenia ponownego składania ofert w aukcji gdy konkurentom znany jest poziom zaoferowanych przez odwołującego cen,
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 91 c ust. 1 i ust. 4, poprzez bezprawne i pozbawione podstaw faktycznych unieważnienie pierwszej aukcji w oparciu o informacje od jednego z wykonawców, że pomylił się w składanej ofercie, oferując cenę o rząd wielkości niższą, niż twierdzi, że zamierzał zaoferować, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, a także bezprawnie zwalnia rzeczony wykonawcę z obowiązku związania ofertą złożoną w aukcji oraz prowadzi do umożliwienia faktycznego wycofania w toku biegu terminu związania ofertą złożonej i wiążącej, oferty tego wykonawcy w warunkach naruszenia konkurencji wynikłego z możliwości zapoznania się z cenami ofert złożonych przez konkurencyjnych wykonawców w tym odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności unieważnienia pierwszej i zaproszenia do nowej aukcji oraz, w razie gdyby zamawiający

przeprowadził nową aukcję, unieważnienie tej aukcji i jej wyników, nakazanie dalszego prowadzenia postępowania zgodnie z wynikami aukcji z dnia 16 listopada 2020 roku.

Odwołujący podał, że:

- zamawiający przewidział, że udzielenie zamówienia poprzedzi aukcją elektroniczną,
- do aukcji zaproszono trzech wykonawców: Budimex, Trac Tec Construction Sp. z o.o. oraz odwołującego,
- termin aukcji wyznaczono na 16.11.2020 r. godz. 11.00,
- zamawiający w regulaminie przewidział, że: aukcja zostanie zamknięta po 10 minutach bezczynności, w przypadku gdy dwie lub więcej ofert otrzyma taką samą, przy tym najkorzystniejszą punktację aukcja zostanie przedłużona o 10 minut,
- w aukcji obowiązywały kryteria: cena – 60 punktów, termin gwarancji – 40 punktów,
- na starcie aukcji oferta odwołującego miała 100 punktów i była sklasyfikowana na pierwszym miejscu,
- w toku aukcji wykonawcy składali postąpienia; w pierwszym i drugim postąpieniu wykonawca Budimex złożył ofertę, dającą mu pierwsze miejsce i wartość 100 punktów,
- odwołujący w odpowiedzi złożył postąpienie przywracające mu 100 punktów i pierwsze miejsce,
- po drugim postąpieniu Budimex-u odwołujący uzyskał punktację nieznacznie tylko przekraczającą 40 punktów, przyznane wszystkim jednakowo za termin gwarancji; drugi z wykonawców uzyskał równo 40 punktów, co oznacza, że za cenę otrzymał 0 punktów,
- począwszy od tego momentu odwołujący złożył jeszcze 11 postąpień, utrzymując w ten sposób aukcję w toku, dążąc do zamknięcia aukcji z minimalną, możliwą do zaoferowania kwotą, przy zachowaniu reguł ostrożności aukcyjnej.

Dowód: Zrzuty ekranów historii aukcji.

Uzupełnił, że aukcja została zamknięta, zaś jej zwycięzcą został Budimex z ceną 16 840 000 zł.

Dowód: Zrzut ekranu „Wynik aukcji”

W odniesieniu do zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 91 b ust. 1, art. 91 c ust. 4 ustawy Pzp odwołujący podał, że 16 listopada 2020 r. zamawiający przekazał mu ponowne zaproszenie do aukcji, która miałyby odbyć się w dniu 19 listopada 2020 roku.

Dowód: Wydruk zaproszenia do drugiej aukcji

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie był uprawniony do zapraszania do kolejnej

aukcji, gdyż dysponował ofertami prawidłowo złożonymi w toku pierwszej aukcji, które zostały poddane skutecznej, automatycznej klasyfikacji przez portal aukcyjny Urzędu Zamówień Publicznych.

Podkreślił, że co do zasady powtórzenie aukcji elektronicznej nie jest bowiem możliwe – postąpienia składane w toku aukcji elektronicznej mają charakter zbliżony do składania kolejnych ofert.

Uzupełnił, że *"Każde postąpienie jest uznawane za nową ofertę w zakresie, którego dotyczy postąpienie i jest wiążące (jednocześnie przestaje wiązać dotychczasowa oferta w zakresie objętym nowym postąpieniem)"* (por. Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych, Komentarz aktualizowany, LEX 2019).

Uznał, że potwierdzeniem powyższego jest treść art. 91 c ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do aukcji elektronicznej nie stosuje się m. in. przepisu art. 82 ust. 1, stanowiącym, że wykonawca może w postępowaniu złożyć tylko jedną ofertę.

Stwierdził, że w orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, zgodnie z którym *"zamawiający nie jest władny unieważnić aukcji elektronicznej, a następnie przeprowadzić jej ponownie. Mógłby on unieważnić jedynie samo zaproszenie do udziału w tejże aukcji i to tylko do czasu jej otwarcia(...). Dopuszczenie możliwości unieważnienia aukcji elektronicznej oznaczałoby zgodę na ingerowanie w treść ofert, wykonawco w - rodziłoby konieczność pominięcia (uznania za niebyłe) treści postąpień złożonych przez- wykonawców w toku aukcji"* (wyrok Izby sygn. akt KIO, 164/14).

Stwierdził także, że jednocześnie w orzecznictwie wykształcił się pogląd, że powtórzenie aukcji elektronicznej jest dopuszczalne, lecz dotyczy to jedynie przypadków związanych z wadliwie przeprowadzoną aukcją. Powołał się na wyrok z 25 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2427/11, zgodnie z którym *"Powtórzenie aukcji elektronicznej jest najbardziej jaskrawym przypadkiem zaburzenia toku licytacji, które prowadzi do całkowitego zniesienia skutków pierwotnej aukcji. Ponadto, na podstawie przebiegu aukcji wykonawcy znają wartość najkorzystniejszego postąpienia i pozycję złożonej przez siebie oferty. Ponieważ powtórzenie czynności zamawiającego możliwe jest w sytuacji, gdy zostanie stwierdzona jej niezgodność z ustawą, to tym bardziej w przypadku uchylecia specyficznej czynności jaką jest aukcja elektroniczna, powinno to nastąpić w sposób niebudzący wątpliwości. A zatem podejmowanie takiej decyzji o powtórzeniu czynności aukcji elektronicznej z uwagi na wadliwość jej przebiegu może nastąpić tylko w sytuacji gdy zamawiający nie wykonał swych obowiązków określonych w art. 91c ustawy"*

W ocenie Odwołującego powtórzenie aukcji może mieć miejsce jedynie w razie obarczenia jej wadliwością polegającą np. na nieprawidłowym przekazywaniu wykonawcom informacji o zajmowanej pozycji i otrzymanej punktacji (obowiązek w tym zakresie wynika z art. 91 c ust. 3 ustawy Pzp), czy też nieprawidłowego ustalenia formuły przeliczania

kryteriów oceny ofert w toku aukcji; każdorazowo są to niezależne od wykonawców zaproszonych do aukcji czynniki organizacyjno-techniczne, wywierające wpływ na zaburzenie stanu świadomości uczestniczących w aukcji wykonawców co do pozycji ich ofert po kolejnych postąpieniach.

W odniesieniu do problemów natury technicznej, które zostałyby w toku aukcji ujawnione, a które uniemożliwiałyby dokończenie aukcji, nie będąc jednocześnie problemami konkretnego z wykonawców, odwołujący wskazał, że ustawodawca w art. 91 d ustawy Pzp przewidział możliwość przerwania aukcji i wznowienia jej na następny po usunięciu awarii dzień roboczy, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu.

Uznał, że przypadek zaproszenia do kolejnej aukcji, wykonawców, którzy, już wcześniej złożyli wiążące postąpienia w aukcji zakończonej automatycznym wskazaniem zwycięskiego wykonawcy, nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w przepisach prawa.

Podkreślił, że wszystkie strony aukcji dysponują wzajemnie swoimi wiążącymi ofertami, znają poziom możliwych do zaoferowania cen. Oceniał, że szczególnie w przypadku odwołującego, który licytował najdłużej, pokazując poziom do jakiego może zejść z ceną powtórzenie aukcji ma charakter dyskryminacyjny, ponieważ konkurenci posiadli informację, która może pozwolić im na skuteczną eliminację oferty z ubiegania się o zamówienie, co narusza zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W odniesieniu do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 91 b ust. 1 oraz art. 91 c ust. 4 ustawy Pzp odwołujący podał, że 17 listopada 2020 r. zamawiający zawiadomił o unieważnieniu pierwszej aukcji.

Dowód: Pismo zamawiającego datowane na dzień 16 listopada, przekazane odwołującemu 17 listopada 2020 r. (w aktach postępowania)

Wskazał, że z uzasadnienia decyzji zamawiającego wynika, że przyczyną unieważnienia aukcji była pomyłka Budimex w treści składanego postąpienia choć postąpienie to zostało prawidłowo podpisane przez tego wykonawcę i skutecznie umieszczone na portalu aukcyjnym oraz poddane automatycznej klasyfikacji. Uzuppełnił, że Budimex zawiadomił zamawiającego o zaoferowaniu zaniżonej ceny oraz podał zamawiającemu cenę, którą według swojego oświadczenia złożyć zamierzał.

W ocenie odwołującego dowodem na to, że wolą BUDIMEX było zaoferowanie kwoty 16 840 000 zł było złożenie drogą elektroniczną postąpienia (kolejnej oferty) opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego certyfikatu; brak natomiast dowodów, że wolą BUDIMEX było zaoferowanie kwoty 168 400 000,00 zł.

Stanął na stanowisku, że oświadczenie złożone w terminie późniejszym od złożenia oferty, które dotarło do zamawiającego zamiast do portalu aukcyjnego nie zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego certyfikatu

oraz nie zostało poddane automatycznej klasyfikacji, nie może stanowić oferty w aukcji elektronicznej jak również nie może treści tej oferty modyfikować.

Zdaniem odwołującego wbrew twierdzeniu zamawiającego, wyjątkowość aukcji elektronicznej polega na całkowitym wyłączeniu możliwości sanacji treści ofert składanych w jej toku, a także po jej zakończeniu. Stwierdził, że zamiennym środkiem nie jest unieważnienie aukcji, a pogląd ten mógłby być prawdziwy, gdyby wada dotyczyła samej aukcji, w tym przypadku jednak błędy obciążają tego wykonawcę.

Podniósł, że nie jest prawdą, że wykonawcy nie mieli możliwości złożenia kolejnych postąpień, ponieważ począwszy od momentu złożenia ostatniego postąpienia przez BUDIMX odwołujący złożył jeszcze 11 postąpień, zaś TRACK TEC jeszcze 4.

Oświadczył, że nie napotkał żadnych przeszkód w składaniu kolejnych postąpień – nie było żadnych barier systemowych ani omyłkowo ustalonych formuł przeliczania kryteriów oceny ofert, które mogłyby powodować zaburzenie dostępu do portalu aukcyjnego czy też informowania wykonawców o ich pozycji w toku aukcji.

Stwierdził, że wskazywane przez Krajową Izbę Odwoławczą przypadki naruszenia art. 91 c ustawy Pzp skutkują sytuacją, w której aukcja obarczona jest nieusuwalną, niezależną od wykonawców wadą wobec czego trudno mówić w ogóle o złożeniu prawidłowych i wiążących ofert – te składane są bowiem w warunkach działania pod wpływem błędu (tak należy ocenić np. sytuację, w której wykonawca składa postąpienie w oparciu o wadliwe informacje na temat kolejności ofert).

Zdaniem odwołującego zamawiający dopuszcza się naruszenia zasady uczciwej konkurencji, usiłując unieważnić ważną aukcję na żądanie wykonawcy, który złożył ofertę z ceną, którą sam składający ją wykonawca uznał za zbyt niską.

Ocenił, że brak jest jakichkolwiek podstaw unieważnienia prawidłowo przeprowadzonej aukcji, a zamawiający, zgodnie z treścią art. 91 d. ust. 2 ustawy Pzp, po zamknięciu aukcji powinien wybrać najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej, co oznacza, że zamawiający powinien był prowadzić dalszą procedurę z uwzględnieniem złożonych już ofert a nie dokonywać prób bezprawnego poprawienia najtańszej oferty z naruszeniem prawa.

Podniósł, że wykonawca, który jest profesjonalistą powinien zachować należyta staranność w toku aukcji oraz że Budimex nie działał pod presją czasu, ponieważ złożył postąpienie o godzinie 11.06.01 podczas, gdy o godzinie 11.04 wpłynęło postąpienie

odwołującego, zaś o 11.04.29 postąpienie TRACK TEC – Budimex miał aż 8 minut na przygotowanie, podpisanie i złożenie postąpienia.

Podniósł, że ustawodawca wyłączył w aukcji przepisy sanacyjne to jest art. 87 ustawy Pzp, złożona oferta wiąże niezależnie od swojej zawartości, a czynność unieważnienia aukcji stanowi próbę jawnego omińnięcia przepisu art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, który jednoznacznie wyłącza jakiegokolwiek czynności zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 23 listopada 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, dokumentów złożonych przez strony na rozprawie – przez odwołującego: wydruki zrzutów ekranów ilustrujących przykładowy przebieg aukcji na platformie aukcji elektronicznej UZP, przez zamawiającego: wiadomości e-mail z 16 listopada 2020 r. godz. 11:45 od pracownika zamawiającego T. J. do odwołującego oraz wykonawcy Trac Tec, Notatki służbowej z dnia 16 listopada 2020 r. sporządzonej przez pracownika zamawiającego T. J., przez przystępującego: wydruki zrzutów ekranów ilustrujących sposób prezentacji kwot postąpień na platformie aukcyjnej Marketplanet oraz smartpzp, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający oraz przystępujący nie kwestionował.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut bezprawnego i pozbawionego podstaw faktycznych unieważnienie pierwszej aukcji w oparciu o informacje od jednego z wykonawców, że pomylił się w składanej ofercie, oferując cenę o rząd wielkości niższą, niż twierdzi, że zamierzał zaoferować, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, a także bezprawnie zwalnia rzeczzonego wykonawcę z obowiązku związania ofertą złożoną w aukcji oraz prowadzi do umożliwienia faktycznego wycofania w toku biegu terminu związania ofertą złożonej i wiążącej oferty tego wykonawcy w warunkach naruszenia konkurencji, wynikłego z możliwości zapoznania się

z cenami ofert złożonych przez konkurencyjnych wykonawców w tym odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 91 c ust. 1 i 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale III SIWZ oraz pkt. IV.1.6) ogłoszenia o zamówienia zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

W rozdziale VII SIWZ „*Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami.*” zamawiający wskazał m.in.:

1. W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu miniPortal <https://miniportal.uzp.gov.pl/>, ePUAP <https://epuap.gov.pl/wps/portal> oraz poczty elektronicznej.
2. Osobą wyznaczoną do kontaktu z Wykonawcami: W. . i/lub J. J., tel. (...).

W rozdziale XIV SIWZ „*Aukcja elektroniczna*” zamawiający podał m.in.

- „*Zamawiający – na mocy art. 91a ustawy PZP – po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, przewiduje przeprowadzenie aukcji elektronicznej, jeżeli zostaną złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu*”
- „*Aukcja będzie przeprowadzona na Platformie aukcji elektronicznych Urzędu Zamówień Publicznych. Adres strony internetowej na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna: <https://aukcje.uzp.gov.pl/>*”
- „*Oferty w toku aukcji elektronicznej zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o kryteria i zasady określone w Rozdziale XIII. „OPIS KRYTERIÓW WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT” SIWZ, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji Zamawiającego*”
- „*Aukcja elektroniczna będzie jednoetapowa*”
- „*Zamawiający zaprosi drogą elektroniczną (na adres e-mail Wykonawcy wskazany w formularzu ofertowym) do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. (...)*”
- „*Założenie konta nie zobowiązuje Wykonawcy do czynnego uczestnictwa w aukcji (składaniu postąpień), jest to natomiast niezbędne, aby system w drodze automatycznego przeliczania punktów uwzględnił ofertę Wykonawcy przy wyborze najkorzystniejszej oferty. (...)*”
- „*Termin otwarcia aukcji zostanie podany w zaproszeniach do udziału w aukcji*”
- „*Aukcja będzie prowadzona zgodnie z czasem wskazanym na platformie*”
- *Aukcja zostanie zamknięta, jeżeli w jej trakcie przez 10 minut nie zostanie złożone*

żadne nowe postąpienie. Bieg terminu rozpocznie się wraz z otwarciem aukcji”

- „W toku aukcji elektronicznej Wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej <https://aukcje.uzp.gov.pl/>, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji”*
- „Postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym, weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu”*
- W toku aukcji elektronicznej Zamawiający będzie na bieżąco przekazywał każdemu Wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty”*
- „Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej dane umożliwiające identyfikację Wykonawców biorących udział w aukcji elektronicznej są niejawne”*
- „Wykonawca w toku aukcji elektronicznej pozostaje związany ofertą do momentu korzystniejszego postąpienia. Bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu wskutek złożenia postąpienia”*
- „Zamawiający i Wykonawcy od momentu otwarcia do momentu zamknięcia aukcji przekazują wnioski, oświadczenia i inne informacje drogą elektroniczną”*
- „Platforma umożliwia przesyłanie wiadomości bezpośrednio pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcami. Wiadomości te nie są przekazywane na adresy email – są dostępne wyłącznie poprzez platformę licytacyjną. System sygnalizuje otrzymanie nowych wiadomości, informując o liczbie nieprzeczytanych wiadomości na pasku zakładek, znajdującym się z lewej strony ekranu. Dostęp do wiadomości można uzyskać wyłącznie z poziomu zakładki moje wiadomości. Z tego poziomu można również odpowiedzieć bezpośrednio na otrzymaną wiadomość”*
- „Wysyłanie wiadomości odbywa się z poziomu konkretnej aukcji. Aby wysłać wiadomość, należy dokonać poniższych czynności: (...)”*

W terminie składania ofert, tj. do 19 października 2020 r. oferty złożyło 4 wykonawców z cenami: od 169 655 130 zł do 236 526 000 zł; ofertę nr 3 zamawiający odrzucił (Protokół – Druk ZP-PN pkt 11, 12 i 17).

Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na 117 101 363,54 zł netto oraz podał – przed otwarciem ofert, że przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 97 494 740, 82 zł (Protokół – Druk ZP-PN pkt 4 i 11 ppkt 2).

W aukcji w dniu 16 listopada 2020 r. aktywny udział, składając postąpienia brali wszyscy trzej zaproszeni przez zamawiającego wykonawcy (przystępujący: godz. 11:01:52,

11:06:01, odwołujący: 11:04:00, 11:08:37, 11:10:47, 11:12:12, 11:13:55, 11:15:16, 11:16:57, 11:20:54, 11:24:08, 11:28:09, 11:32:06, 11:37:30) trzeci wykonawca: 11:04:29, 11:06:48, 11:11:47, 11:14:04, 11:17:08).

Aukcja zakończyła się o godz. 11:47:31: status: zakończona, wskazaniem jak zwycięzcy Budimex S.A.

Pismem z dnia 16 listopada 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu aukcji przeprowadzonej w tym samym dniu, uzasadniając swoją czynność w następujący sposób:

„Zamawiający unieważnia aukcję elektroniczną nr A- 120-2020, którą przeprowadził w dniu 16 listopada 2020 r.

Podejmując decyzję w tym przedmiocie zamawiający oparł się na ustaleniu, że po zamknięciu aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 16 listopada 2020 r. o godz. 11 nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej ze względu na zaferowanie przez jednego z wykonawców omyłkowo drastycznie zaniżonej wartości oferty przez pominięcie wpisania zera, co uniemożliwiło złożenie kolejnych postępień przez innych wykonawców biorących udział w przedmiotowej aukcji.

Ze względu na specyfikę aukcji elektronicznej, nie da się, po jej zakończeniu przeprowadzić procedury opisanej przepisami art. 87 ustawy Pzp. Niemniej, jeżeli w toku prowadzonej aukcji, wystąpią okoliczności, których ujawnienie mogłoby prowadzić do zachwiania zasady określonej przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to zamawiający po zakończeniu aukcji winien zbadać, czy przeprowadzonej aukcji nie należałoby unieważnić. Taka okoliczność wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w trakcie jej trwania o godz. 11:12:17 otrzymał informację od jednego z wykonawców że „pomyłkowo wprowadzono cenę.” W kolejno przesyłanych informacjach wykonawca ten informował zamawiającego że „Proszę o wycofanie oferty z omyłkowo podaną kwotą. zamiast 168 400 000,00 podano 16 840 000,00” Powyższa informacja została przesłana zamawiającemu w trakcie prowadzonej aukcji, w dniu 16.11.2020 r., kolejno o godz. 11:16:28, 11:20:32, 11:26:41, 11:27:41, 11:28:34, 11:31:21, 11:35:16, 11:36:47, 11:37:36, 11:41:39, 11:43:04. Skoro zatem, w toku aukcji wyłączona została możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, to zamawiający nie miał możliwości dokonania poprawy tej oferty. Wyjątkowość aukcji elektronicznej, w trakcie której nie jest możliwe (ze względu na wyłączenie z art. 91c ust. 1 ustawy Pzp) poprawienie oferty, czy wyjaśnienia jej treści powoduje, iż po jej zakończeniu zamawiający musiał podjąć odpowiednie kroki w celu wyeliminowania wadliwości prowadzonego postępowania. W związku z powyższym zamawiający nie miał innej możliwości i miał obowiązek unieważnić aukcję z dnia 16 listopada 2020 roku. Nie jest bowiem zasadne by tymi samymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób odmienny traktować różnych wykonawców. Skoro bowiem

ustawodawca dopuścił możliwość skorygowania treści oferty w przypadkach określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, to w przypadku aukcji elektronicznej taka „korekta” możliwa jest tylko w trybie unieważnienia aukcji i ponownego jej przeprowadzenia.”

16 listopada 2020 r. zamawiający przekazał wykonawcom (w tym odwołującemu) zaproszenie do aukcji przewidzianej na dzień 19 listopada 2020 r.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W ocenie składu orzekającego Izby nie może budzić wątpliwości, że kwota 16 840 000,00 zł z postąpienia przystępującego z godz. 11:06:01 została przez tego wykonawcę wskazana omyłkowo.

Ceny 4 złożonych w tym postępowaniu ofert mieściły się w przedziale od 169 655 130 zł do 236 526 000 zł.

Porównanie kwoty 16 840 000,00 zł z kwotami wskazanymi powyżej (169 655 130 zł – cena odwołującego, 236 526 000 zł – cena trzeciego z zaproszonych do aukcji wykonawcy) prowadzi do wniosku, że kwota ta, posługując się określeniem zamawiającego, jest kwotą drastycznie zaniżoną – w stosunku do poziomu wyceny konkurencyjnych wykonawców. Kwota ta nie jest także „co do poziomu” porównywalna z wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT, tj. 144 034 677,15 zł.

Odwołujący również nie miał wątpliwości, że jest to kwota, za którą nie można zrealizować zamówienia (*„Oferta złożona w aukcji przez BUDIMEX jest w Naszej ocenie ofertą z ceną nierealną, za którą nie można zrealizować zamówienia.”* – str. 6 odwołania pkt III), upatrując swoją szansę na uzyskanie zamówienia w tym, że oferta przystępującego miałaby zostać odrzucona ze względu na jej rażąco niskie charakter.

Uwzględniając powyższe oraz doświadczenie życiowe, któremu przeczy możliwość świadomego zaoferowania działającego dla zysku przedsiębiorcy ceny nie pokrywającej nawet koniecznych do poniesienia kosztów przy realizacji zamówienia, skład orzekający Izby uznał, że przystępujący choć złożył postąpienie, podając kwotę 16 840 000,00 zł działał pod wpływem błędu; gdyby przystępujący nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny).

Wskazać należy, że zgodnie z art. 84 § 1 k.c. *„W razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć; ograniczenie to nie dotyczy czynności prawnej nieodpłatnej.”*

Fakt, że przystępujący działał pod wpływem błędu potwierdzają także podjęte przez

przystępującego niezwłoczne działania, jeszcze w toku aukcji (łącznie 13 wiadomości kierowanych poprzez platformę aukcyjną od godz. 11:12:17 do 11:43:04), tj. poinformowanie zamawiającego o swojej pomyłce (co do postąpienia z godz. 11:06:01 – o wprowadzonej cenie 16 840 000,00 zł zamiast 168 840 000,00 zł) oraz o wycofaniu oferty na kwotę 16 840 000,00 zł, co należy interpretować w kontekście możliwości uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli, które zostało złożone innej osobie pod wpływem błędu (art. 88 § 1 k.c.), a w dalszej kolejności braku możliwości uznania, że aukcja zakończyła się zwycięstwem przystępującego.

Zamawiający bezsprzecznie wiedział o błędzie przystępującego, ponieważ został o tym przez przystępującego niezwłocznie poinformowany. Co więcej, błąd ten można było z łatwością zauważyć, a to ze względu na jaskrawą dysproporcję pomiędzy kwotami, nieadekwatność kwoty z postąpienia przystępującego z godz. 11:06:01 do wartości zamówienia, o czym była mowa powyżej.

Bezsprzecznie błędy zdarzają się i „nowicюзom”, i profesjonalnym uczestnikom postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Odpowiedzi wymaga, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zamawiający przewidział zastosowanie aukcji, błąd jednego wykonawcy uzasadnia unieważnienie aukcji.

W ocenie składu orzekającego Izby w poddanym ocenie składu przypadku na wskazane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Podkreślić należy, że zrealizowanie celu aukcji elektronicznej – zwiększenie konkurencyjności złożonych ofert (uzyskanie korzystniejszych ofert niż pierwotnie złożone przez wykonawców) będzie możliwe w najwyższym stopniu, gdy w aukcji weźmie udział jak największa liczba wykonawców. Aby było to jednak w ogóle możliwe wszyscy uczestnicy muszą mieć możliwość składania postąpień w toku całej aukcji.

Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji 3 wykonawców, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu oferty, aktywny udział ich wszystkich zwiększyć miał w najwyższym stopniu konkurencyjność ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Błąd przystępującego wyeliminował go z możliwości dalszego, aktywnego udziału w aukcji, ponieważ nie był już w stanie uczciwie konkurować z pozostałymi dwoma wykonawcami, tj. konkurować z nimi cenami adekwatnymi do wartości przedmiotu zamówienia (nie miał możliwości złożenia mniej korzystniejszego postąpienia od własnego, błędnego postąpienia).

Jak trafnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 listopada 2015

r. sygn. akt KIO 2275/15, której stanowisko skład orzekający Izby podziela „(...) Prawo zamówień publicznych, dotyczące przeprowadzenia aukcji elektronicznej, są dosyć ubogie i aby móc dokonać oceny dokonywanych czynności czy też zaniechań zamawiającego, należy w pierwszej kolejności pomocniczo odnieść się do innych przepisów ustawy Pzp, a następnie, na podstawie art. 14 ustawy Pzp, do przepisów kodeksu cywilnego.

Aukcja elektroniczna jest specyficzną dogrywką wykonawców, którzy w trakcie jej trwania, na warunkach określonych przez zamawiającego mają szansę i możliwość bezpośredniej walki o dane zamówienie. Walki uczciwej i zgodnej z obowiązującymi przepisami.

Skoro zatem wykonawca składający postąpienie (...), składa de facto korzystniejszą od wcześniej oferowanej – ofertę (oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej, art. 91c ust. 4 ustawy Pzp), to oferta ta, po zakończeniu aukcji może być dodatkowo badana. Zdaniem Izby stanowisko powyższe wynika wprost z treści przepisu art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, który odnosi się do etapu postępowania, tj. trwania aukcji, cyt. „W toku aukcji elektronicznej wykonawcy (...)”. Również wyłączenia ze stosowania przepisów: art. 82 ust. 1 i 2, art. 83 i 84 oraz art. 86-89 ustawy Pzp, wymienione w zdaniu drugim komentowanego przepisu, odnoszą się do czasu „trwania aukcji”. Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający po zakończonej aukcji elektronicznej, ma ustawowy obowiązek zbadać „nowe” oferty w zakresie np. przesłanek wymienionych w art. 89 ust. 1 pkt 3 czy 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, ze względu na specyfikę aukcji elektronicznej, nie da się, po jej zakończeniu przeprowadzić procedury opisanej przepisami art. 87 ustawy Pzp. Niemniej, jeżeli w toku prowadzonej aukcji, wystąpią okoliczności, których ujawnienie mogłoby prowadzić do zachwiania zasady określonej przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to zamawiający po zakończeniu aukcji winien zbadać, czy przeprowadzonej aukcji nie należałoby unieważnić.

Taka okoliczność wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w trakcie jej trwania otrzymał informację od przystępującego, że „W ostatnim złożonym zamówieniu wystąpiła oczywista pomyłka pisarska, polegająca na wpisaniu błędnej wartości 1 305 000,00 zamiast 13 005 000,00. Prosimy o uwzględnienie pomyłki i zmianę złożonej przez nas oferty.” Powyższa informacja została przesłana zamawiającemu w trakcie prowadzonej aukcji, w dniu 6.10.2015 r., o godz. 10:20:27. Skoro zatem, w toku aukcji wyłączona została możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, to zamawiający nie miał możliwości dokonania poprawy oferty przystępującego. Wyjątkowość aukcji elektronicznej, w trakcie której nie jest możliwe (ze względu na wyłączenie z art. 91c ust. 1 ustawy Pzp) poprawienie oferty, czy wyjaśnienia jej treści powoduje, iż po jej zakończeniu zamawiający musiał podjąć odpowiednie kroki w celu wyeliminowania

wadliwości prowadzonego postępowania. W związku z powyższym zamawiający nie miał innej możliwości i miał obowiązek unieważnić aukcję z dnia 6 października 2015 roku. Nie jest bowiem zasadne by tymi samymi przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych w sposób odmienny traktować różnych wykonawców. Skoro bowiem ustawodawca dopuścił możliwość skorygowania treści oferty w przypadkach określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, to w przypadku aukcji elektronicznej taka „korekta” możliwa jest tylko w trybie unieważnienia aukcji i ponownego jej przeprowadzenia.

W ocenie Izby, zachowanie zamawiającego doprowadziło do wyrównania szans podmiotów uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.”

Dla porządku stwierdzić należy, że w przedmiotowym postępowaniu błąd przystępującego dotyczył innych kwot, a przystępujący nie raz, ale wielokrotnie informował zamawiającego w toku aukcji o swojej pomyłce.

W poddanym ocenie składu orzekającego Izby przypadku przebieg aukcji elektronicznej nie był prawidłowy. I choć nie było to związane z awarią systemu teleinformatycznego, czy działaniami zamawiającego, ale ze złożeniem postąpienia pod wpływem błędu przez jednego z wykonawców, to okoliczność ta nie zmienia faktu, że nie mógł zostać zrealizowany cel przeprowadzenia aukcji, tj. zwiększenia konkurencyjności złożonych ofert w warunkach uczciwej konkurencji, tj. gdy na równych zasadach, poprzez możliwość składania kolejnych postąpień, co istotne – w toku całej aukcji przez wszystkich uczestników wszyscy zaproszeni do udziału w niej wykonawcy (w tym przystępujący) mogą składać postąpienia, reagując na bieżąco, na coraz to korzystniejsze postąpienia konkurentów.

Odwołujący prawo składania kolejnych postąpień ogranicza do dwóch wykonawców, podnosząc, że zarówno on, jak i Trac Tec mógł bez przeszkód natury technicznej składać postąpienia po złożeniu przez przystępującego postąpienia z ceną 16 840 000 zł (*„Nie jest prawdą, że wykonawcy nie mieli możliwości złożenia kolejnych postąpień. Począwszy od momentu złożenia ostatniego postąpienia przez BUDIMEX, Odwołujący złożył jeszcze 11 postąpień, zaś TRACK TEC jeszcze 4. Odwołujący nie napotkał żadnych przeszkód w składaniu kolejnych postąpień.”* – str. 12 odwołania trzeci akapit), pomijając, że do aukcji zaproszonych zostało 3 wykonawców, jednak jeden z nich po godz. 11:06:01 finalnie z przyczyn natury technicznej nie mógł aktywnie uczestniczyć w aukcji – nie mógł złożyć kolejnego postąpienia na poziomie adekwatnym do wartości zamówienia i kwot wskazywanych przez dwóch innych wykonawców, a jedynie postąpienia niższe niż błędna kwota z godz. 11:06:01.

Upraszczając, ocena odwołującego prowadzi do tego, że karą za błąd przystępującego winno być ostatecznie odrzucenie jego oferty z powodu zaofierowania ceny rażąco niskiej, co byłoby jednocześnie „nagrodą” dla odwołującego i wykonawcy Trac Tec – obaj wykonawcy nie musieli konkurować od godz. 11:06:01 z trzecim wykonawcą.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut zaproszenia wykonawców do drugiej aukcji elektronicznej w sytuacji, gdy w postępowaniu została już przeprowadzona aukcja elektroniczna zakończona wskazaniem zwycięskiego wykonawcy, nie wystąpiły żadne przesłanki do unieważnienia pierwszej aukcji, zaś wskazany wykonawca, a także dwaj pozostali wykonawcy uczestniczący w aukcji w tej liczbie odwołujący pozostają związani złożonymi ofertami, co prowadzi do ominięcia przepisów ustawy dotyczących postępowania z ofertą po jej złożeniu, a także naruszenia zasady uczciwej konkurencji na skutek próby wymuszenia ponownego składania ofert w aukcji gdy konkurentom znany jest poziom zaofierowanych przez odwołującego cen, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1, art. 91 b ust. 1 oraz art. 91 c ust. 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia składu orzekającego Izby poczynione w odniesieniu do zarzutu poprzedniego pozostają aktualne.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W konsekwencji uznania, że zamawiający zasadnie unieważnił aukcję z dnia 16 listopada 2020 r. skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie zaprosił wykonawców do drugiej aukcji, aby zrealizować zapowiedź z SIWZ przeprowadzenia postępowania z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

Uzupełniając skład orzekający Izby zauważyła – w kontekście podnoszonego przez odwołującego ujawnienia „*poziomu do jakiego może zejść z ceną*” (str. 9 odwołania czwarty akapit), że odwołujący ujawnił ów poziom choć czynić tego nie musiał, ponieważ pomiędzy godz. 11:24:08 a 11:37:30 postąpienia składał wyłącznie odwołujący.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Skoro nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddać odwołanie.

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

Przewodniczący: