

Sygn. akt: KIO 2390/14

Sygn. akt: KIO 2391/14

WYROK
z dnia 25 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Marek Koleśnikow

Protokolant: Marta Polkowska

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 listopada 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 listopada 2014 r.** przez wykonawcę:

1. **Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D. K. K. i Partnerzy, ul. Lenartowicza 9/3, 35 - 051 Rzeszów; sygn. akt: KIO 2390/14**
2. **Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D. K. K. i Partnerzy, ul. Lenartowicza 9/3, 35 - 051 Rzeszów; sygn. akt: KIO 2391/14,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Obrót S.A. w Rzeszowie, ul. 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów;** przy udziale wykonawców:

- A. **„KOKSZTYS” Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k, Al. Armii Krajowej 61, 50-541 Wrocław, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt: KIO 2391/14 oraz KIO 2390/14 - po stronie zamawiającego;**
- B. **EOS KSI Polska Sp. z o.o.; EOS & M. W. Kancelaria Prawna Spółka komandytowa, ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. 7a, 02-366 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt: KIO 2391/14 oraz KIO 2390/14 - po stronie odwołującego,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania wykonawcy: Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D. K. K. i Partnerzy, ul. Lenartowicza 9/3, 35 - 051 Rzeszów; sygn. akt: KIO 2390/14 oraz KIO 2391/14;

2. Nakazuje zamawiającemu:

2.1. unieważnienie przeprowadzonej aukcji elektronicznej w części 1 i 2 zamówienia;

2.2. powtórzenie aukcji elektronicznej w części 1 i 2 zamówienia; z przyjęciem za podstawę dla przeprowadzenia aukcji stawek cenowych oznaczonych w PLN wyprowadzonych z wysokości zaoferowanego wynagrodzenia w postaci prowizji procentowej w stosunku do podanych przedziałów przekazywanych zamawiającemu kwot, zgodnie z ustalonym kryterium najniższej ceny, i przy wyznaczeniu wysokości minimalnego postąpienia – 1 grosz.

3. Kosztami postępowania **sygn. akt: KIO 2390/14 oraz KIO 2391/14**; obciąża zamawiającego **PGE Obrót S.A. w Rzeszowie, ul. 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów**;

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000,00 zł** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D. K. K. i Partnerzy ul. Lenartowicza 9/3, 35 - 051 Rzeszów** tytułem wpisów od odwołań w sprawach: **sygn. akt: KIO 2390/14 oraz KIO 2391/14**;

3.2. zasądza od zamawiającego **PGE Obrót S.A. w Rzeszowie, ul. 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów** na rzecz odwołującego: **Kancelarii Adwokatów i Radców Prawnych D. K. K. i Partnerzy ul. Lenartowicza 9/3, 35 - 051 Rzeszów**, kwotę **34 549,64 zł** (słownie: trzydzieści cztery tysiące pięćset czterdzieści dziewięć złotych sześćdziesiąt cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów: wpisów od odwołań, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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:

Członkowie:.....

.....

Sygn. akt: KIO 2390/14

Sygn. akt: KIO 2391/14

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę windykacji należności handlowych” (Dz. Urz. UE 2014/S 134-241584 z 16.07.2014 r.), w dniu 14 listopada 2014 r. zostały złożone pisemne odwołania, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie, przez:

1. Kancelarię Adwokatów i Radców Prawnych D. K. K. i Partnerzy w Rzeszowie; sygn. akt: KIO 2390/14 w zakresie części (zadania) 1,

2. Kancelarię Adwokatów i Radców Prawnych D. K. K. i Partnerzy w Rzeszowie; sygn. akt: KIO 2391/14, w zakresie części (zadania) 2,

Odwołujący wniósł odwołania od następujących czynności zamawiającego powziętych w postępowaniu w odniesieniu do części 1 i 2 zamówienia:

1. czynności ustalenia nowych warunków postępowania, czyli zmiany SIWZ po złożeniu ofert, dokonanej w piśmie zamawiającego z dnia 5.11.2014 r.;

2. czynność nieodrzczenia oferty firmy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S.k. ze względu na niespełnienie przez nią warunków SIWZ i uniemożliwienie przez nią przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w następstwie wiążącego ustalenia w piśmie zamawiającego z dnia 5.11.2014 r. minimalnej wartości postąpienia oraz wiążącego ustalenia w piśmie zamawiającego z dnia 6.11.2014 r., że nie istnieje możliwość złożenia ceny ze stawką zero procent,

3. jak też czynność nieodrzczenia oferty KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S.k. ze względu na jej nieotwarcie na Otwarcie Ofert w dniu 21.08.2014 r. rozpoczętym o godz. 10:30 i zakończonym ok. 11:20; a w związku z powyższym na:

4. czynność dopuszczenia do udziału w postępowaniu firmy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k.;

4. czynność przeprowadzenia aukcji z uwzględnieniem zmienionego SIWZ, zmierzającej do dokonania wyboru oferty firmy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S.k. jako najkorzystniejszej;

a ewentualnie:

5. na zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 5.11.2014 r. oraz w dniu 10.11.2014 r. na skutek otrzymania dwóch pism zamawiającego, pierwszego z dnia 5.11.2014 r. (data otrzymania 5.11.2014 r.) oraz drugiego z dnia 6.11.2014 r. (data otrzymania 10.11.2014 r.)

Odwołujący zarzucił zamawiającemu PGE Obrót S.A. w Rzeszowie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp, tj.:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w następstwie prowadzenia postępowania w sposób sprzyjający jednemu wykonawcy, uchybiający szeregu kolejnym, poniżej wymienionym przepisom Pzp oraz SIWZ, jak też godzący w atmosferę konkurencji, która jest jedną z węzłowych zasad Pzp;

2. przepisu art. 38 ust. 4 Pzp w związku z 19.9 lit. d SIWZ oraz pkt 15.5 SIWZ polegające na ustaleniu nowych warunków postępowania, czyli zmianie SIWZ po złożeniu ofert, a przy tym dopiero w piśmie zamawiającego z dnia 5.11.2014 r. (data otrzymania 5.11.2014 r. i powzięcia wiedzy o podstawie odwołania), w którym ustalono, że minimalna wartość postąpienia wynosi 0,01%, a kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, w przypadku złożenia jednakowych ofert cenowych, będzie pierwszeństwo zaoferowania najniższej stawki, co w relacji do ustalonych reguł aukcji oraz oferty cenowej firmy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. oznaczało, że wykonawca ten wygrał aukcję zanim została przeprowadzona, a jej odbycie się - zgodnie z art. 91a ust. 1 zd. 1 oraz pkt. 19 SIWZ - było czynnością tylko formalnie dopełniającą postępowanie, lecz z naruszeniem reguł art. 7 ust. 1 i 3 Pzp; powyższy zarzut umocniła informacja zamawiającego z dnia 6.11.2014 r. (data otrzymania 10.11.2014 r. i powzięcia wiedzy o podstawie odwołania), z której wynika, że zaoferowanie stawki cenowej zerowej, czyli niższej niż w ofercie KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S.k. nie jest możliwe; jeżeli przyjąć sprzeczność oferty KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. z SIWZ (o czym poniżej, zarzut nr 3), niestnienie czy niewpłynięcie oferty KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. w wymaganym w SIWZ terminie (o czym poniżej, zarzut nr 4), lub też przyjęcie za dopuszczalne zaoferowania zerowej stawki prowizji, to w każdym z tych przyjętych założeń powtórzenie aukcji elektronicznej zgodnie z regułami pkt. 19 SIWZ jest możliwe;

3. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 91a ust. 1 zd. 1 Pzp oraz w zw. z pkt. 19.9 lit. d SIWZ poprzez nieodrzućenie oferty KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. jako uniemożliwiającej przeprowadzenie aukcji na warunkach zapewniających

zachowanie konkurencji i podjęcie uczciwej rywalizacji, a to z uwagi na ustalenie dopiero w piśmie zamawiającego z dnia 5.11.2014 r., że minimalna wartość postąpienia wynosi 0,01%, a kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty - w przypadku złożenia jednakowych ofert cenowych - będzie pierwszeństwo zaoferowania najniższej stawki, co w relacji do ustalonych reguł aukcji oraz oferty cenowej KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. oznaczało, że wykonawca ten swoją ofertą uniemożliwił przeprowadzenie aukcji zgodnie z jej regułami, właściwie wygrał aukcję zanim została przeprowadzona; w związku z tym odbycie się aukcji - na podstawie art. 91a ust. 1 zd. 1 oraz pkt. 19 SIWZ - było czynnością tylko formalnie dopełniającą postępowanie, tworzącą jedynie pozór konkurencji i rzeczywistej rynkowej rywalizacji, naruszającą art. 7 ust. 1 i 3 Pzp; powyższy zarzut umacnia informacja zamawiającego zawarta w piśmie z dnia 6.11.2014 r., z której wynika, że zaoferowanie stawki cenowej zerowej - czyli niższej niż w ofercie KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. - nie jest możliwe; jeżeli przyjąć sprzeczność oferty KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. z SIWZ bądź nieistnienie czy niewpłynięcie oferty KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. w wymaganym w SIWZ terminie (o czym poniżej, zarzut nr 4), lub też przyjęcie za dopuszczalne zaoferowania zerowej stawki prowizji, to w każdym z tych przyjętych założeń powtórzenie aukcji elektronicznej zgodnie z regułami pkt. 19 SIWZ jest możliwe.

4. przepisu art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 86 ust. 2 Pzp oraz w zw. z pkt. 13.3 SIWZ, pkt. 14.1-4 i pkt. 15.2 SIWZ poprzez przyjęcie, nieopisanej zgodnie z SIWZ, koperty-przesyłki firmy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. za zawierającą ofertę spełniającą wymogi SIWZ, mimo nieistnienia czy niewpłynięcia tej oferty z upływem terminu do złożenia ofert (dnia 21.08.2014 r., do godz. 10:00), jak też w chwili zamknięcia przez zamawiającego czynności Otwarcia Ofert (ok. godz. 11:20); oferta KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. została ujawniona przez zamawiającego dopiero w momencie czynności Dodatkowego Terminu Otwarcia Ofert (o godz. 14:30) na skutek pisemnego zaproszenia przez zamawiającego (z godz. 14:20), a miała ją zawierać opisana zgodnie z SIWZ koperta zawarta w już otwartej opisanej niezgodnie z SIWZ kopercie-przesyłce KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k., a ewentualnie - przez zaniechanie otwarcia wszystkich ofert bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, czyli podczas czynności Otwarcia Ofert; według odwołującego każda z opisanych czynności i zaniechań zamawiającego skutkowałą naruszeniem zasady jawności otwarcia ofert oraz reguł opisanych w art. 7 ust. 1 Pzp i prowadziła do naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp;

a w związku z zarzutem jak w pkt 4 powyżej, naruszenie:

5. przepisów art. 8 ust. 1 w zw. z art. 86 ust 4 Pzp, poprzez zaniechanie podania podczas jawnego Otwarcia Ofert pełnej informacji o wykonawcach, którzy złożyli oferty, ich

adresach oraz o cenach ofert, w szczególności, jeśli przyjąć istnienie czy prawidłowe złożenie oferty KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k., która pojawiła się dopiero na Dodatkowym Terminie na Otwarcie Ofert;

6. przepisu art. 86 ust. 1, 2 i 4 Pzp oraz pkt 14.1-4 SIWZ poprzez dokonanie czynności niezgodnej z przepisami prawa i powtórzenie czynności otwarcia ofert, tj. ustalenia i przeprowadzenia czynności Dodatkowego Terminu na Otwarcie Ofert, podczas gdy pominięcie tej czynności - jeżeli przyjąć nieistnienie czy niewpłynięcie oferty KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. w wymaganym w SIWZ terminie - pozwala na powtórzenie aukcji elektronicznej zgodnie z regułami pkt. 19 SIWZ;

w nawiązaniu do powyższy zarzutów, ewentualnie także naruszenie:

7. przepisu art. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. w zw. z art. 146 ust. 5 i 6 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania.

Z powyższych względów odwołujący wnosił o uwzględnienie obydwu odwołań oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności polegającej na dokonaniu zmiany w SIWZ i przyjęciu, że w przypadku złożenia przez wykonawców na platformie aukcyjnej jednakowych cen ofert cenowych, uznana zostanie za najkorzystniejszą oferta wykonawcy, który zaoferował ją jako pierwszy;

2. odrzucenia oferty firmy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. jako sprzecznej z Pzp, oraz której treść nie odpowiada treści SIWZ;

3. unieważnienia czynności ustalenia Dodatkowego Terminu Otwarcia Ofert, wyznaczonego w dniu 21.08.2014 r. na godzinę 14.30;

4. unieważnienia czynności polegającej na przyjęciu i potraktowaniu przesyłki- koperty od KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. oraz jej zawartości jako oferty;

5. unieważnienia czynności polegającej na prowadzeniu korespondencji z firmą KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k.;

6. powtórzenia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej;

7. pominięcia w dalszym postępowaniu oferty KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. i pominięcia tego wykonawcy w dalszych czynnościach postępowania; a ewentualnie:

8. nakazanie unieważnienia postępowania.

Ponadto, odwołujący wnosi o:

1. przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania i dokumentów przedstawionych na rozprawie;

2. obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony, ponieważ szereg czynności oraz zaniechań zamawiającego, opisanych szczegółowo na wstępie odwołania i rozwiniętych w zarzutach, skutkowało naruszeniem bezwzględnych przepisów prawa i prowadziło do faworyzowania jednego z wykonawców (KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S.k.) z naruszeniem reguł równej konkurencji. Pisemna oferta odwołującego była w kolejności drugą najkorzystniejszą, stąd usunięcie usterek (czynności lub zaniechań) po stronie zamawiającego otwiera odwołującemu realną możliwość oceny jego oferty, jako najkorzystniejszej na dalszym etapie postępowania (czynność powtórzenia aukcji). W konsekwencji istnieje realna możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, ponieważ skuteczność czynności - w razie zawarcia z nim umowy, może zostać podważona, z czego odwołujący wywodził swój interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący argumentował, że stwierdzone naruszenia prawa uniemożliwiają prawidłowe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W zaistniałej sytuacji, zarówno Prezes UZP na podstawie art. 146 ust 6 Pzp, jak i dowolny wykonawca, działając na podstawie art. 70⁵ §1 K.c., czy też zamawiający na podstawie art. 146 ust. 5 Pzp mogą wystąpić do sądu o unieważnienie umowy. Powyższe odnosił równorzędnie do każdego z wykonawców, któremu przysługuje roszczenie o ustalenie nieistnienia umowy na podstawie art. 189 K.p.c.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 21.08.2014 r. o godzinie 10:30 w siedzibie zamawiającego odbyło się otwarcie ofert złożonych w postępowaniu. Podczas otwarcia ofert uczestniczyli przedstawiciele KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. oraz Partnerzy odwołującego w osobach M. M. i M. K. . Przewodnicząca Komisji Przetargowej podała kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, kwoty na poszczególne części zamówienia oraz poinformowała o ilości złożonych ofert, nazwach (firmach) oraz adresach wykonawców, a także podała informacje dotyczące prowizji za poszczególne części zamówienia i zadania.

Podczas procedury otwarcia ofert nie została odczytana oferta KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. Przedstawiciel tego wykonawcy obecny na otwarciu ofert nie wniósł zastrzeżeń do treści protokołu, jak również nie złożył żadnych oświadczeń odnośnie faktu złożenia oferty u zamawiającego w określonym w SIWZ terminie. Czynność otwarcia ofert została zakończona ok. godz. 11:20. Następnie o godzinie 14:22 na adres poczty elektronicznej Partnera Odwołującego M. M. wpłynęła informacja o „Dodatkowym terminie otwarcia ofert”, który został wyznaczony na 21.08.2014 r. na godzinę 14:30. Zamawiający podał, że uzasadnieniem dla takiej czynności był fakt wpływu w wyznaczonym terminie oferty, która w chwili otwarcia ofert nie była w posiadaniu Komisji Przetargowej.

Komisja Przetargowa zamawiającego wyznaczyła kolejny dodatkowy termin na otwarcie oferty, która nie została uwzględniona w pierwotnym terminie otwarcia ofert.

Odwołujący zwracał uwagę, że dodatkowa oferta - koperta-przesyłka firmy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. nie była opisana, w szczególności nie zawierała opisu przeznaczenia do przedmiotowego postępowania (przetargu). Była natomiast już otwarta, a wewnątrz znajdowała się zamknięta koperta z prawidłowym opisem przeznaczenia oferty do niniejszego postępowania. Oferta firmy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. okazała się najkorzystniejsza, przedstawiała najniższą prowizję - w odniesieniu do zadania nr 1 oraz zadania nr 2, w każdym z przedziałów wartości pojedynczej sprawy 0,01 %. W następstwie czynności Dodatkowego Terminu Otwarcia Ofert, oferta odwołującego uplasowała się na drugim miejscu.

Elementem obligatoryjnym postępowania była aukcja elektroniczna, której przedmiotem miało być podjęcie przez wykonawców rzeczywistej rywalizacji cenowej. Ustalenie w piśmie zamawiającego z dnia 5.11.2014 r. wielkości postąpienia w toku aukcji w wysokości 0,01 % oraz ustalenie całkowicie nowych reguł wyłonienia wykonawcy przez uznanie za korzystniejszą tę ofertę, która w aukcji elektronicznej zostanie złożona jako pierwsza (czyli zmiana SIWZ) stwarzało zdaniem odwołującego nową sytuację.

Po pierwsze zaznaczał, że oferta firmy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. nie mogła spełniać wymogów Pzp oraz SIWZ, ponieważ jej dopuszczenie w postępowaniu - w warunkach określenia wielkości postąpienia jak wyżej - uniemożliwiałoby przeprowadzenie aukcji elektronicznej. W tych okolicznościach odwołujący, ale też żaden z pozostałych wykonawców, nie był w stanie sprostać i podjąć rzeczywistej, równej i uczciwej walki konkurencyjnej z ofertą firmy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. Aukcja stała się pozornym elementem postępowania.

Wiedzę o takiej podstawie oceny oferty firmy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. i spodziewanym przebiegu postępowania odwołujący powziął z pisma zamawiającego z dnia 5.11.2014 r. Zaznaczał, że wynik aukcji elektronicznej w zadaniu nr 1 i 2 potwierdza tę jego obawę. W tej sytuacji, według odwołującego - zamawiający, znając reguły postępowania, powinien był *a limine* odrzucić ofertę KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. jeszcze przed ujawnieniem tych reguł w piśmie zamawiającego z dnia 5.11.2014 r. W piśmie zamawiającego z dnia 6.11.2014 r., zamawiający wykluczył możliwość złożenia oferty ze stawką zerową. Gdyby zamawiający odrzucił ofertę KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k., to w przekonaniu odwołującego - aukcja elektroniczna spełniłaby rzeczywiste przeznaczenie i stałaby się prawidłowym i skutecznym instrumentem gry rynkowej wykonawców. Podjęta przez zamawiającego modyfikacja SIWZ

przez określenie nowej reguły wyłonienia wykonawcy - opartej na zasadzie, „kto pierwszy ten lepszy” - stanowiła ukształtowanie nowych, istotnych postanowień SIWZ, wyłącznie korzystnych dla firmy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. Oferta wymienionego wykonawcy była od razu pierwsza w aukcji elektronicznej, stąd żaden z wykonawców nie miał szans na podjęcie rzeczywistej rywalizacji cenowej. Zdaniem odwołującego unieważnienie błędnych czynności zamawiającego pozwala na ponowne przeprowadzenie aukcji w ramach postępowania. W ocenie odwołującego jest możliwe sanowanie czynności i zaniechań zamawiającego oraz wyłonienie wykonawcy przedmiotu zamówienia bez konieczności unieważnienia przetargu.

Odwołujący argumentował, że powyżej opisane czynności i zaniechania zamawiającego uniemożliwiają prawidłowe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W zaistniałej sytuacji, bowiem zarówno Prezes Urzędu Zamówień publicznych na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp, jak i wykonawca działając na podstawie art. 146 ust. 5 ustawy Pzp mogą wystąpić do sądu o unieważnienie umowy. Jak bowiem podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 marca 2009 r. sygn. akt II CSK 589/08 podstawą unieważnienia umowy, a więc jej względnej nieważności na podstawie art. 70 § 1 K. c. jest negatywna ocena zachowania strony umowy zawartej w wyniku przetargu, jego uczestnika lub osoby trzeciej działającej w porozumieniu z nimi, które jest sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego i wpłynęło na wynik przetargu. Zachowaniem sprzecznym z prawem w rozumieniu tego przepisu jest jedynie działanie, pozostające w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami. Odwołujący stwierdził, że zamawiający w niniejszym stanie faktycznym uchybił swojemu obowiązkowi dbałości o zachowanie równych reguł konkurencji.

Nawiązując do powyższej argumentowanych naruszeń i zaniechań, w razie uznania jednak, że nie istnieje możliwości powtórzenia czynności zamawiającego, odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 18 i 20 listopada 2014 r. drogą elektroniczną - pisemne zgłoszenia do postępowań odwoławczych, w kopii przesłane stronom, w dniu 21 i 24 listopada 2014 r. zgłosili wykonawcy:

- A. „KOKSZTYS” Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k., Al. Armii Krajowej 61, 50-541 Wrocław, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt: KIO 2391/14, KIO 2390/14 - po stronie zamawiającego w zakresie zadania nr 1 i 2; który podnosił: *„Przystępujący wykazuje niewątpliwie interes w rozstrzygnięciu niniejszego odwołania na korzyść strony, do której przystępuje, albowiem jedynie oddalenie odwołania w całości zapewni należyłą ochronę interesu Przystępującego w uzyskaniu zamówienia. Przystępujący złożył ofertę,*

która w zajęła pierwszą lokatę i został zaproszony do aukcji elektronicznej. Z uwagi na wysokość postąpienia w aukcji elektronicznej, a także oferowaną przez Przystępującego wysokość prowizji (0,01%) nie było możliwe złożenie oferty korzystniejszej od oferty złożonej przez Przystępującego. Tym samym w wyniku aukcji elektronicznej oferta Przystępującego została również uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący żąda m.in. odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, a także powtórzenia czynności aukcji elektronicznej lub unieważnienia postępowania. Tym samym uwzględnienie odwołania prowadzić będzie do pozbawienia Przystępującego możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, mimo, iż oferta złożona przez Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp. Tym samym niewątpliwie Przystępujący wykazuje interes w rozstrzygnięciu niniejszego odwołania na korzyść Zamawiającego tj. w oddaleniu odwołania w całości, co czyni Przystępującego legitymowanym do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący zwraca ponadto uwagę, że w odniesieniu do zarzutów wskazanych w pkt 2 i 3 tj. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i dopuszczenia Przystępującego do aukcji elektronicznej odwołanie winno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp jako wniesione po upływie ustawowego terminu. Zgodnie bowiem z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającej stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8. Odwołanie wobec czynności innych niż określone w art. 182 ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Oferty są jawne od chwili ich otwarcia, zaś o wynikach oceny złożonych ofert i dopuszczeniu do udziału w aukcji elektronicznej, jak również o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert Odwołujący został poinformowany drogą elektroniczną w dniu 24 października 2014 r., a zatem od tej daty rozpoczął się bieg terminu do wniesienia odwołania wobec czynności i zaniechań Zamawiającego wskazanych w pkt 2 i 3 odwołania. Mając na uwadze powyższe

zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania w zakresie zarzutów wskazanych przez Odwołującego pkt 2 i 3.”

- B. EOS KSI Polska Sp. z o.o.; EOS & M. W. Kancelaria Prawna Spółka komandytowa, ul. Bitwy Warszawskiej 1920 r. 7a, 02-366 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt: KIO 2391/14; KIO 2390/14 - po stronie odwołującego, który żądał uwzględnienia odwołań w całości. Przystępujący podnosił, że czynności podjęte przez zamawiającego w postępowaniu są bezpodstawne i niezgodne z ustawą Pzp. Wskazywał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, bowiem jego oferta nie została odrzucona w toku badania ofert, a tym samym zachowuje prawo do udziału w aukcji mającej na celu wyłonienie oferty najkorzystniejszej. Uwzględnienie zarzutów podniesionych przez Odwołującego spowoduje, że Przystępujący ma w dalszym ciągu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co niewątpliwie przesądza o interesie w przystąpieniu do postępowań odwoławczych po stronie odwołującego. Dopuszczenie do udziału w aukcji podmiotu, którego oferta winna zostać odrzucona było niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył przepis art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, który obliuguje zamawiającego do niezwłocznego przekazania kopii odwołania, nie później niż w terminie 2 od jego otrzymania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Izba postanowiła dopuścić wykonawców:

- A. KOKSZTYS” Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k.,
B. EOS KSI Polska Sp. z o.o.; EOS & M. W. Kancelaria Prawna Spółka komandytowa

- do udziału w postępowaniach odwoławczych o sygn. akt KIO 2390/14 i KIO 2391/14, uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania o sygn. KIO 2391/14 wskazywanych przez zamawiającego, ze względu na to, że zawiera ono tożsamą treść jak odwołanie KIO 2390/14. Każde z wniesionych odwołań odnosi się do odrębnej części zamówienia, w której następuje osobny wybór oferty. Odwołujący mógł wnieść jedno odwołanie w zakresie części 1 i 2 zamówienia, lub też jak to uczynił, wnieść 2 odrębne odwołania, każde z nich w zakresie innej części przedmiotowego postępowania.

Izba natomiast podzieliła argumentację przystępującego KOKSZTYS, że zachodzą przesłanki do pozostawienia odwołań bez rozpoznania w zakresie zarzutów wskazanych przez odwołującego pkt 2 i 3. Zarzuty te nie podlegały rozpatrzeniu na podstawie

stosowanego odpowiednio art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, jako wniesione po upływie ustawowego terminu. Zgodnie, bowiem z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającej stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8. Odwołanie wobec czynności innych niż określone w art. 182 ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto, lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Oferty są jawne od chwili ich otwarcia, zaś o wynikach oceny złożonych ofert i dopuszczeniu do udziału w aukcji elektronicznej, jak również o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert odwołujący został poinformowany drogą elektroniczną w dniu 24 października 2014 r., a zatem od tej daty rozpoczął się bieg terminu do wniesienia odwołania wobec czynności i zaniechań zamawiającego wskazanych w pkt 2 i 3 odwołania.

Izba ograniczyła rozpoznanie zarzutów odwołania względem czynności, o których zamawiający informował odwołującego pismami z dnia 5 i 6 listopada 2014 r., które to zarzuty zostały podniesione z zachowaniem terminu art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Zamawiający do protokołu rozprawy oświadczył, że nie ustalił w SIWZ kryterium ceny w tym znaczeniu, jak podaje ustawa Pzp. Używa określeń „cena” zamiennie z określeniem „prowizja”, gdyż uznał że w tym postępowaniu nie mógł podać ceny w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy Pzp i podał „wynagrodzenie prowizyjne.” Wynagrodzenie dla wykonawcy zostało ustalone jako prowizyjne z uwagi na to, że zamawiający nie jest w stanie podać ani wysokości ani ilości roszczeń objętych umową.

Zamawiający przyznał, że przeliczając wysokość stawki prowizyjnej w ofercie KOKSZTYS Kancelaria Prawna Gospodarczego Sp. k. w pierwszym przedziale przy założeniu, że mamy do czynienia z kwotą do 1000 zł, przy wynagrodzeniu według prowizji 0,01% dałoby to 10 groszy. Przy założeniu, że wyegzekwowałby kwotę do 5 000 zł wykonawca otrzymałby wynagrodzenie w kwocie 50 groszy. Przy wartości 10 000 zł byłoby to -1 zł. Powyżej wartości 10 000 zł - byłoby to powyżej 1 zł. Zamawiający powołał się na to, że w specyfikacji zapisał, iż prowizja powinna być podana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Zamawiający nie zaprzeczył, że przy prowadzeniu aukcji przy cenie podanej w PLN byłaby możliwość dokonywania postępień w wysokości nie mniejszej niż 1 grosz. Zamawiający powoływał się na okoliczność, iż sposób wyliczenia prowizji i sposób ustalenia ceny jako prowizyjnej był zawarty w SIWZ i nie był kwestionowany przez wykonawców

odwołaniem wobec postanowień SIWZ, jak również nie jest objęty rozpatrywanymi odwołaniami. Przedmiotem aukcji miała być prowizja co jest zawarte w specyfikacji przytaczanej powyżej pkt 19. Zamawiający powołał się na wyrok KIO sygn. akt. 1535/13 z dnia 12.07.2013 r. Nie zgodził się z tym, że nieprawidłowe jest oznaczenie, iż oferta która pierwsza podaje najniższą cenę zostaje uznana za najkorzystniejszą ofertę. Zamawiający utrzymywał, iż powinien mieć zastosowanie art. 70 zn. 2 K.c. dotyczący przetargów prowadzonych na zasadach Kodeksu cywilnego, który mówi o tym, że w przypadku aukcji prowadzonej na podstawie K. c. z istoty aukcji wynika, że oferta aby mogła być uznana za skutecznie złożoną musi podawać niższą cenę. W przypadku gdy nie jest korzystniejsza nie stanowi to oferty i nie wywołuje skutków prawnych. Wykonawcy nie mogli przewidzieć ile ofert będzie złożonych, zatem nie uznał, że zostawili sobie rezerwę na postąpienia w toku aukcji. Ceny podane w toku przeprowadzonych aukcji według zamawiającego nie były pozbawione znaczenia, z uwagi na to że wykonawca wybrany Kancelaria KOKSZTYS może uchylić się od zawarcia umowy i wtedy wybrana zostałaby oferta kolejnego wykonawcy. Zdecydowałoby wtedy, kto złożył taką ofertę pierwszy.

Przystępujący KOKSZTYS popierał argumentację zamawiającego i dodał, że najmniejszą jednostką "rozliczeniową" było 0,01 % prowizji, czyli taka oferta jaką złożył przystępujący, niższej prowizji nie można było zaoferować w oparciu o zapisy specyfikacji. Zamawiający zdaniem przystępującego, inaczej nie mógł ustanowić warunków prowadzenia aukcji w nawiązaniu do tego, że jako wykonawca - przystępujący złożył taką stawkę, co do której nie można było dokonać korzystniejszych postąpień. Gdyby natomiast stosowane były postąpienia w formie pieniężnej, wówczas nie wyklucza takiej sytuacji, że któryś z wykonawców mógłby ustalić cenę swojej oferty na poziomie jednego grosza za element oceniany pod względem wyznaczonego kryterium, a firmy kalkulowały swoją ofertę biorąc pod uwagę to, co zarobią łącznie na dwóch elementach tego zamówienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty „KOKSZTYS” Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k., korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z wykonawcami. Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowi „Usługa windykacji należności handlowych”.

Pkt 2.8. Zamawiający po dokonaniu oceny ofert przewiduje wybór oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

Pkt 3.1. najkorzystniejsza oferta oznacza zgodnie z art. 2 pkt 5 Pzp ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy Bilas ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia określonych w pkt 4 SIWZ.

Cena/prowizja - wyrażone liczbowo i słownie procentowa wartość oczekiwanego przez wykonawcę wynagrodzenia za realizację pierwszej części [elementu] zadania rozumiana, jako prowizja od odzyskanej przez wykonawcę należności.

Pkt 4.2. Przedmiot zamówienia podzielony został na 2 części (zadania), każda z nich realizowana dla odrębnych oddziałów zamawiającego.

Pkt 4.3. W ramach każdej części (zadania) przedmiot zamówienia został podzielony na dwa elementy, wynagradzane na podstawie odrębnych zasad.

Element I. Windykacja należności handlowych przed skierowaniem sprawy do sądu.

Element II. Windykacja należności handlowych po skierowaniu sprawy do sądu.

Pkt 4.4. Wykonawca otrzyma wynagrodzenie obliczone na zasadach właściwych dla elementu I, w sytuacji gdy należność zostanie wpłacona przed złożeniem pozwu do sądu.

Pkt 4.5. Umowa ma zostać zawarta od 1.01.2015 do 31.12.2016 r.

Pkt 15.1. Na podstawie informacji i dokumentów zawartych w Ofercie, Zamawiający dokona oceny formalnej zdolności Wykonawców do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami pkt 6 SIWZ oraz spełnienia wymagań merytorycznych SIWZ.

Pkt 15.2. Ocena Ofert po uprzednim sprawdzeniu wymagań formalnych nastąpi na podstawie kryteriów wymienionych w pkt 16 SIWZ,

Pkt 15.3. Cena Oferty musi być podana oddzielnie dla każdego zadania. Oferowana przez oferenta cena dotyczy tylko pierwszej części [elementu] każdego zadania.

Pkt 15.4. Oferent zobowiązany jest podać cenę określaną jako procentową prowizję od wartości kwot wyegzekwowanych przez Wykonawcę,

Pkt 15.5. Prowizja powinna być podana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Pkt 15.6. Dla części [elementu] drugiej zadania cena określana dla wszystkich Wykonawców jest stała i każdorazowo jest ona równa wartości uregulowanych lub wyegzekwowanych od dłużnika kosztów zastępstwa procesowego zasądzonych bądź przyznanych w postępowaniu sądowym i egzekucyjnym na zasadach wskazanych we wzorze umowy.

Pkt 15.7. Przyjmuje się, że prowizja wskazana w ofercie i w pkt 15.5 SIWZ jest ceną brutto.

Pkt 15.8 Cena Oferty musi zostać wyrażona cyfrowo i słownie. W przypadku rozbieżności przyjmuje się cenę wyrażoną słownie.

Pkt 15.9. Oferowana cena prowizyjna musi być podana oddzielnie dla każdego określonego w formularzu oferty przedziału wartości należności przekazywanych do obsługi.

Pkt 16.1. Spośród ofert nie odrzuconych, Zamawiający wybierze ofertę kierując się kryterium: Prowizja - o wadze 100%,

Pkt 16.2. W trakcie oceny Ofert kolejno ocenianym Ofertom zostaną przyznane punkty oddzielnie dla każdego zadania oraz każdego z przedziałów należności wskazanych w ofercie.

16.3 Ocena ofert dla danego zadania zostanie dokonana na podstawie następującego wzoru: $C = P1+P2+P3+P4$ Gdzie:

C - liczba punktów przyznanych Wykonawcy w kryterium „Prowizja” w danym zadaniu zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku

P1 - liczba punktów przyznanych Wykonawcy w kryterium „Prowizja” dla należności o wartości jednostkowej do 1000 zł.

P2 - liczba punktów przyznanych Wykonawcy w kryterium „Prowizja” dla należności o wartości jednostkowej od 1000 do 5000 zł

P3 - liczba punktów przyznanych Wykonawcy w kryterium „Prowizja” dla należności o wartości jednostkowej od 5000 do 10000 zł.

P4- liczba punktów przyznanych Wykonawcy w kryterium „Prowizja” dla należności o wartości jednostkowej powyżej 10000 zł,

Pkt. 16.4. Wartość punktów dla każdego przedziału jednostkowej wartości należności obliczana zostanie na podstawie algorytmu wskazanego w poniższej tabeli:

Symbol przedziału; Jednostkowa wartość należności w pakiecie; porównanie ofert(Max liczba punktów

P 1 do 10 000 PLN

P2 od 1000 do 5000 PLN

P3 od 5000 do 10000 PLN

P4 powyżej 10000 PLN

Maksymalna liczba punktów do uzyskania w zadaniu 100

Wartość najniższej z zaoferowanych prowizji w danym przedziale zostanie podzielona przez wartość prowizji badanej oferty w danym przedziale, a następnie wynik zostanie

przemnożony przez maksymalną liczbę punktów możliwych do uzyskania dla danego przedziału - 25

Pkt.16.5 Oferta która dla danego zadania uzyska największą liczbę punktów zostanie uznana za najbardziej korzystną.

Pkt 19.1. Zamawiający przewiduje wybór najkorzystniejszej Oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Zgodnie i art. 91 a ust. 1 Ustawy Zamawiający po dokonaniu oceny Ofert w celu wyboru najkorzystniejszej Oferty przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli złożono co najmniej 3 Oferty niepodlegające odrzuceniu.

Pkt 19.2. Dla każdego zadania Zamawiający przeprowadzi odrębną aukcję elektroniczną. Aukcje będą prowadzone kolejno każda w innym terminie.

Pkt 19.3. Wykonawcy, których Oferty nie podlegają odrzuceniu, otrzymają drogą elektroniczną na adres e-mail podany w formularzu oferty instrukcję obsługi systemu aukcyjnego w postaci „Podręcznika Oferenta" oraz login i hasło umożliwiające załogowanie się do systemu.

Pkt 19.4. Przed przystąpieniem do aukcji Wykonawca zobowiązany jest dokładnie zapoznać się z treścią „Podręcznika Oferenta",

Pkt 19.5. Zamawiający zaprosi drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. W zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej Zamawiający poinformuje Wykonawców o:

- a) pozycji złożonych przez nich Ofert i otrzymanej punktacji,
- b) stronie internetowej, na której odbędzie aukcja,
- c) minimalnych wartości postępień składanych w toku aukcji elektronicznej,
- d) terminie otwarcia aukcji elektronicznej,
- e) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej,
- f) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej.

Pkt 19.6. Zamawiający informuje, iż przedmiotem aukcji elektronicznej będzie Cena brutto (wysokość prowizji) zgodnie z Pkt 15.7 SIWZ,

Pkt 19.7. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie zgłoszonych postępień na punktową ocenę ofert w zakresie kryterium „Cena brutto", z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej za kryterium „Cena brutto".

Przeprowadzenie aukcji elektronicznej zostało przewidziane również w ogłoszeniu.

Wzór umowy § 9. Wynagrodzenie.

1. Za prowadzenie spraw na etapie polubownym Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie w wysokości prowizji procentowej od kwot wyegzekwowanych w okresie obsługi. Wynagrodzenie to uwzględnia w sobie należny podatek od towarów i usług naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami.

2. Wysokość wynagrodzenia uzależniona będzie od wartości przekazanej do obsługi sprawy zgodnie z poniższą specyfikacją:

Wartość pojedynczej sprawy - Prowizja procentowa; Prowizja procentowa słownie

Sprawy do 1000 PLN

Sprawy od 1000 do 5000 PLN

Sprawy od 5000 do 10000 PLN

Sprawy powyżej 10000 PLN

3. Za kwoty wyegzekwowane w okresie obsługi na etapie polubownym uważa się wpłaty dokonane na poczet wierzytelności przekazanych do obsługi po dacie przekazania, które wpłynęły na konto Zamawiającego przed skierowaniem pozwu do sądu. Za prowadzenie spraw na etapie sądowym i egzekucyjnym Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie równe kwocie zasądzonych przez sąd w postępowaniu sądowym kosztów zastępstwa procesowego oraz (lub) kwocie przyznanych przez organ egzekucyjny w postępowaniu egzekucyjnym kosztów zastępstwa prawnego, o ile zostaną wyegzekwowane bądź dobrowolnie wpłacone przez Dłużnika. Do wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa powyżej w zdaniu pierwszym doliczony zostanie należny podatek od towarów i usług zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Kryterium oceny ofert została ustanowiona najniższa cena. Zamawiający tę okoliczność przyznał.

Do wyznaczonego terminu składania ofert – 21.08.2014 r. złożono 6 ofert. Okolicznością bezsporną pozostawało, że oferta wykonawcy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k. została otwarta w tym samym dniu, ale w godzinach późniejszych niż pozostałe oferty. Odwołujący został powiadomiony w dniu 21.08. 2014 r. o dodatkowym terminie otwarcia tej oferty – odwołania na tę czynność zamawiającego nie złożył w terminie wyznaczonym w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp.

Oferty zostały złożone przez:

Numer oferty; Nazwa (firma) i adres wykonawcy; Prowizja procentowa: Zadanie; Prowizja procentowa:

1. K. Inkasso Sp. z o.o. 51-214 Wrocław; ul. Armii Ludowej 21 (Zad. 1) 1 -14%; 2-10%; 3-8%; 4-6%, (Zad. 2) 1-18%; 3-11%; 2-14%; 4-9%

2. EOS KSI Polska Sp.z.o.o.02-017 Warszawa; AL Jerozolimskie 123A (Zad 1)1-7% 3-3,8% 2-5% 4-2,5% (Zad. 2)1 - 7%; 3 - 3,8%;5%; 4-2,5%
3. Kancelaria Prawnicza M. P. i Partnerzy Sp. k. 02-017 Warszawa; Al. Jerozolimskie 123A (Zad. 1)1 -19,68% 3 -9,84% 2 -12,30% 4 -8,61% (Zad. 2) 1-19,68% 3 -9,84% 2 -12,30% 4 -8,61%
4. Debt Trading Partners BIS Sp. z o.o. S.K.A. 02-583 Warszawa; ul. Wołoska 9 (Zad. 1 1-19,3%; 3-8,65%; 2-12,1%; 4-7% (Zad. 2) 1-13,5% 3-6%; 2-8,5% ; 4-4,9%
5. Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych D., K., K. i Partnerzy 35-051 Rzeszów; ul. Lenartowicza 9/3 (Zad. 1)1-0,86%; 3-0,86%; 2-0,86%; 4-0,86% (Zad. 2) 1-0,86%; 3-0,86%; 2-0,86%; 4-0,86%
6. KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k. 50-541 Wrocław; AL Armii Krajowej 61 (Zad. 1) 1-0,01%; 3-0,01%; 2-0,01%; 4-0,01% (Zad. 2)1-0,01%, 3-0,01%; 2-0,01%; 4-0,01%.

W dniu 17 września 2014 r. zamawiający wzywał wykonawcę KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k. między innymi do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawca w zakreślonym terminie złożył wyjaśnienia, które zostały przyjęte.

Informacja o wynikach oceny ofert i o dopuszczeniu do aukcji elektronicznej została wykonawcom (w tym odwołującemu) przesłana 24 października 2014 r. Odwołania na tę czynność zamawiającego odwołujący nie złożył w terminie wyznaczonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W powyższej dacie zamawiający powiadomił o wykluczeniu z postępowania wykonawców:

- K. Inkasso Sp. z o.o.,
- Debt Trading Partners BIS Sp.z o.o. S.K.A.

Pismem z dnia 5 listopada 2014 r. zamawiający zaprosił wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu, według zawiadomienia z dnia 24 października 2014 r., w tym odwołującego, do udziału w aukcji elektronicznej i podał warunki przeprowadzenia aukcji.

„Zamawiający PGE Obrót SA, stosownie do zapisów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz zgodnie z przepisami art. 91b ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) dalej ustawa PZP, zaprasza Państwa do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednocześnie informujemy, iż Państwa Oferta (oznaczona Nr 3) złożona w przedmiotowym postępowaniu, zajęła lokatę (pozycję) 2.

Parametrem licytowanym podczas aukcji jest prowizja.

Aukcja odbywać się będzie według reguły zniżkowej, co oznacza, że każda następna oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie miała wartość niższą od wartości oferty uprzednio złożonej przez Wykonawcę.

Oferty złożone w toku aukcji elektronicznej będą oceniane zgodnie z kryterium prowizja - 100%.

Minimalna wartości postąpienia, dla każdego zadania, w toku aukcji wynosi: 0,01% (tj. jedna setna procenta).

Termin otwarcia aukcji dla zadania nr 1 - 13 listopad 2014 r. o godz. 11:00. Termin otwarcia aukcji dla zadania nr 2 - 13 listopad 2014 r. o godz. 13:00.

Terminy i warunki zamknięcia aukcji:

Podstawowy czas trwania aukcji elektronicznej to 20 minut plus ewentualne dogrywki.

Dogrywka będzie miała miejsce, jeśli w ciągu ostatnich 5 minut czasu trwania aukcji zostanie złożona nowa oferta. W takim przypadku aukcja zostanie przedłużona do momentu złożenia nowej oferty o 5 minut plus liczba sekund dopełniająca rozpoczętą minutę, o ile nie padnie kolejna, przedłużająca ją oferta.

Zamawiający przypomina, że postąpienia składane w trakcie aukcji elektronicznej muszą być opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Zamawiający w toku aukcji elektronicznej na bieżąco będzie przekazywał każdemu Wykonawcy (biorącemu udział w aukcji) informacje o pozycji złożonej przez niego oferty i wartości oferty oraz wartości najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie będą ujawnione informacje umożliwiające identyfikację Wykonawców.

Wykonawca ma możliwość przetestowania aplikacji podczas trwania aukcji testowej, która odbędzie się w dniu 12 listopada 2014 r. w godz. 10:00 - 12:00.

Sposób obsługi platformy aukcyjnej zawarty jest w załączonym „Podręczniku Oferenta”. Podczas aukcji elektronicznej Wykonawca może skorzystać z pomocy technicznej pod numerem telefonu: 22340 1551, kom. 723 190 450 z Panią D. K. .

Jako najkorzystniejsza zostanie wybrana oferta, która w wyniku aukcji elektronicznej uzyskała największą ilość punktów.

Z uwagi na treść art. 91 a ustawy Pzp zgodnie z którym w aukcji elektronicznej przepisów art. 91 ust. 4-6 ustawy Pzp nie stosuje się, Zamawiający w przypadku złożenia przez Wykonawców na platformie aukcyjnej jednakowych cen ofert cenowych, uzna za najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy, który zaoferował ją jako pierwszy.

Jednocześnie prosimy o wskazanie osoby, która z Państwa strony w wyznaczonym terminie będzie prowadziła aukcję elektroniczną, tj. imię i nazwisko, adres e-mail oraz nr telefonu kontaktowego. Dane te należy dostarczyć za pośrednictwem poczty elektronicznej do dnia 6 listopada 2014 r. do godz. 14:00 na adres: k..w.fajgkpgc.pl oraz d..k.@gkpa.e-pl

Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego pisemnego potwierdzenia ostatecznej ceny oferty złożonej w trakcie aukcji (w terminie nie dłuższym niż 3 dni od daty zamknięcia aukcji) na załączonym Formularzu Oferty. Wykonawca przedłoży Zamawiającemu w formie pisemnej wypełniony Formularz Oferty po aukcji.

O uzyskanej punktacji Zamawiający poinformuje Państwa wraz z zawiadomieniem o wyniku postępowania.”

W dniu 6 listopada 2014 r. wykonawca - KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp.k. zwrócił się do zamawiającego z następującym postulatem. „W nawiązaniu do Państwa pisma z dnia 5 listopada 2014 roku pragniemy zwrócić Państwa uwagę na fakt, iż przeprowadzanie aukcji elektronicznej jest w naszej ocenie nieuzasadnione, o czym stanowią poniższe przesłanki:

- Stawka prowizyjna zaproponowana przez Kancelarię Koksztys dla każdego przedziału wartości pojedynczej sprawy jest najniższą z możliwych do złożenia (innymi słowy nie można zaproponować stawki niższej, od tej, która została już przez nas złożona). W tej sytuacji nie ma możliwości zaproponowania oferty korzystniejszej od naszej,

- Z uwagi na to, że stawka wyjściowa Kancelarii Koksztys wynosi 0,01%, a cena nie może być równa 0,00% przy jednoczesnej minimalnej wartości postąpienia na poziomie 0,01%,- Kancelaria Koksztys nie ma możliwości złożenia oferty niższej od już zaproponowanej.

Biorąc pod uwagę powyższe nie można złożyć oferty korzystniejszej od oferty już złożonej, dlatego też wnioskujemy o nieprzeprowadzanie aukcji elektronicznej i przejście do kolejnego etapu przewidzianego w SIWZ, tj. podpisania umowy.

Z góry dziękuje za pozytywne rozpatrzenie niniejszego pisma. Jeśli natomiast mimo wszystko podejmą Państwo decyzję o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, wówczas bardzo proszę o potwierdzenie dwóch poniższych założeń:

- Wysokość stawki wyjściowej dla każdego Oferenta będzie równa stawce zaproponowanej w złożonych już ofertach papierowych.

- Nie można złożyć oferty na poziomie 0,00%.”

W odpowiedzi na pismo z dnia 6.11.2014 r. zamawiający poinformował wykonawcę KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k., jak następuje.

„Informujemy, że Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji IV.2.2) przewidział wybór najkorzystniejszej Oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

Zgodnie z art. 91 a ust, 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29.01.2004r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) zachodzą przesłanki do przeprowadzenia aukcji elektronicznej (w postępowaniu złożono 4 oferty nie podlegające odrzuceniu).

Ustawa Pzp nie przewiduje przesłanek do pominięcia etapu aukcji elektronicznej.

Pozycją wyjściową w aukcji jest oferta złożona na dzień 20.08.2014 r.

Ze względu na ustawienia systemu aukcyjnego nie istnieje techniczna możliwość złożenia ceny 0:00.”

W dniu 06.11.2014r. za pośrednictwem poczty elektronicznej wpłynęły do zamawiającego zapytania od wykonawców dotyczące aukcji elektronicznej, na które zamawiający udzielił odpowiedzi z przekazaniem ich wykonawcom w dniu 10 listopada 2014 r.

Pytanie:

„Czy poprawne jest założenie, że wysokość stawki wyjściowej dla każdego Oferenta będzie równa stawce zaproponowanej w złożonych już ofertach papierowych?”

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że pozycją wyjściową w aukcji jest oferta złożona na dzień 20.08.2014r .

Pytanie:

„Czy poprawne jest założenie, że nie można złożyć oferty na poziomie 0,00%”

Odpowiedź:

Ze względu na ustawienia systemu aukcyjnego nie istnieje techniczna możliwość złożenia ceny 0,00%.

W ustalonych terminach, tj. w dniu 13 listopada 2014 r. odbyła się aukcja elektroniczna w zakresie dwóch części zamówienia, w wyniku której wykonawca KOKSZTYS Kancelaria

Prawa Gospodarczego Sp. k. podtrzymał „cenę”/prowizję swojej oferty, uczestniczący w aukcji wykonawcy, tj. odwołujący i przystępujący EOS KSI Polska Sp. z o.o. określili tę cenę/prowizję na poziomie, takim samym jak wykonawca KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k., tj. 0,01% dla wszystkich elementów.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołań w postępowaniu dotyczącym części 1 i 2 zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim podnosił zarzuty wobec oferty przystępującego wykonawcy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k., o których powziął wiadomość od dnia 5 listopada 2014 r. Skoro odwołujący dowodził, że przeprowadzenie aukcji według zasad ustalonych przez zamawiającego - nastąpiło z obrazą przepisów ustawy Pzp - wykazywał tym samym naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w następstwie nieprawidłowego przebiegu aukcji elektronicznej i wyniku tego przetargu.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia.

Z powyżej imperatywnej treści przepisu art. 91 Pzp wynika, że kryterium ceny ma charakter obligatoryjny i nie może zostać pominięte w żadnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający potwierdził, że zgodnie z Sekcją IV 2.1) ogłoszenia ustanowił kryterium udzielenia zamówienia najniższą cenę. W pkt 3.1. SIWZ zdefiniował, że najkorzystniejsza oferta oznacza zgodnie z art. 2 pkt 5 Pzp ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia określonych w pkt 4 SIWZ. Cena/prowizja – wyrażona liczbowo i słownie procentowa wartość oczekiwanego przez wykonawcę wynagrodzenia za realizację pierwszej części zadania rozumiana jako prowizja od odzyskanej przez wykonawcę należności.

Tymczasem art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje przez cenę rozumieć – cenę w znaczeniu art. 3 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915). Użyte w ustawie określenia oznaczają pkt 1) cena wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek VAT oraz podatek akcyzowy (...). Według punktu 2) cena jednostkowa towaru lub usługi - to, którego ilość jest wyrażona w jednostce miar w rozumieniu przepisów o miarach.

W oparciu o powyżej przytaczaną definicję nie można uznać, iż ustalony przez zamawiającego sposób utożsamiania ceny (Cena/prowizja), jako wyrażonej liczbowo i

słownie procentowej wartość oczekiwanego przez wykonawcę wynagrodzenia za realizację pierwszej części [elementu] zadania rozumiany, jako prowizja od odzyskanej przez wykonawcę należności, jest prawidłowy w rozumieniu przytaczanych wyżej przepisów. Nie podaje, bowiem ceny w jednostkach pieniężnych, a procentowo ustala jedynie podstawę dla ustalenia wynagrodzenia wykonawcy. Wprawdzie art. 536 § 1 K.c. zezwala na określenie ceny przez wskazanie podstaw do jej ustalenia, jednakże skoro definicja ceny została ustalona w ustawie Pzp, to ma ona z mocy art. 14 Pzp pierwszeństwo zastosowania przed przepisami K.c.

Przepisy ustawy Pzp odnoszące się do aukcji elektronicznej stanowią, jak niżej.

Art. 91a. 1. Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego (...), zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Przepisów art. 91 ust. 4-6 nie stosuje się.

Ust. 3. Kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej. Ust. 4. Aukcja elektroniczna jest jednoetapowa.

Art. 91b. 1. Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Ust. 2. W zaproszeniu, o którym mowa w ust. 1, zamawiający informuje wykonawców o:

- 1) pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji,
- 2) minimalnych wartości 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.

Ust. 4. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej powinien obejmować przeliczanie postępień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej.

Art. 91c. 1 ustawy Pzp. W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Przepisów art. 82 ust. 1 i 2, art. 83 i 84 oraz art. 86-89 nie stosuje się. Ust. 4. Oferta wykonawcy przestaje

wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Ust. 5. Przepisy art. 77, art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 stosuje się odpowiednio, co oznacza, że zamawiający zamyka aukcję w terminie określonym w ogłoszeniu, lub jeżeli w ustalonym w ogłoszeniu okresie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia. Bezpośrednio po zamknięciu aukcji zamawiający podaje pod ustalonym w ogłoszeniu adresem internetowym nazwę firmę oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano.

W zaproszeniu do aukcji z dnia 5 listopada 2014 r. zamawiający formalnie wypełnił obowiązki, jakie nakłada na niego przytaczany wyżej art. 91b ustawy Pzp, co do zakresu informacji, jakie winno obejmować zaproszenie do aukcji. Nie wziął jednak pod uwagę, że według wyznaczonych przez niego reguł, uwzględniając teść odpowiedzi z dnia 6 listopada 2014 r., że ze względu na ustawienia systemu aukcyjnego nie istnieje możliwość złożenia ceny 0,00%, ani z ceną poniżej 0,01% (z uwagi na ustalony próg postąpień) - ofertą wybraną jeszcze przed aukcją była oferta wykonawcy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k., który zaproponował prowizję we wszystkich elementach na poziomie 0,01%, i którą to zamawiający z góry uznał za niemożliwą do przeliczowania.

Zamawiający nie uwzględnił jednak dyspozycji art. 91a ust. 3 ustawy Pzp, że kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej. Takim jedynym kryterium jakie wyznaczył zamawiający w tym postępowaniu (ogłoszenie) była najniższa cena - nie w znaczeniu prowizji, a w znaczeniu nadanym art. 2 pkt 1 ustawy Pzp - określana w jednostkach pieniężnych.

Izba z uwagi na uchybienie terminu do wniesienia odwołania, nie mogła zajmować się zarzutami odnoszącymi się do nieprawidłowości na otwarciu ofert. Nie mniej dał się zauważyć zbieg mało spotykanych okoliczności, włącznie z brakiem otwarcia wszystkich ofert w tym samym terminie, po złożenie przez oznaczonego wykonawcę oferty z ceną niemożliwą według stanowiska zamawiającego do obniżenia w toku aukcji, które prowadziły do wyboru oferty wykonawcy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k.

Wykonawcy składając oferty w formie papierowej z zapowiedzią przeprowadzenia aukcji elektronicznej liczyli się z tym, że w toku aukcji są uprawnieni do składania postąpień prowadzących do obniżenia ceny ich ofert oraz spodziewali się tego, że inni wykonawcy uczestniczący w tym postępowaniu będą prezentowali analogiczne podejście. Wykonawca KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k. wyszedł z innego założenia i w jego ocenie zaproponował cenę/prowizję najniższą z możliwych, która powinna skutkować

wyborem jego oferty bez przeprowadzania aukcji, czemu dał wyraz w piśmie do zamawiającego z dnia 5 listopada 2014 r.

Zamawiający z pełną świadomością tego, że aukcja elektroniczna przeprowadzona według jego wskazań nie może dać odmiennego wyniku, niż po ocenie ofert papierowych - ten etap postępowania przeprowadził, stwierdzając że nie może odstąpić od aukcji, skoro została ona przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu.

Uprzednio zamawiający zakwalifikował ofertę wykonawcy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k. w oparciu o wyjaśnienia tego wykonawcy, jako nie podlegającą odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Izby, skoro zamawiający wyznaczył cenę jako jedyne kryterium oceny ofert, to aukcja winna się odbyć obligatoryjnie w oparciu o to kryterium. Do tego na podstawie kryterium ceny wyrażonej w jednostkach pieniężnych, jak wymagają tego przytoczone na wstępie przepisy ustawy Pzp, a nie w oparciu o wysokość procentowej prowizji, która nie jest ceną a jedynie jedną z podstaw, obok oznaczenia przedziałów kwot przekazywanych zamawiającemu – służących do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy.

W przekonaniu Izby, skoro wysokość wynagrodzenia uzależniona będzie od wartości przekazanej do obsługi sprawy zgodnie z wyspecyfikowanymi wartościami spraw, w odniesieniu do których wykonawca KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego Sp. k. podał wysokość swojej prowizji:

Wartość pojedynczej sprawy - prowizja procentowa:

sprawy do 1000 PLN - prowizja procentowa 0,01%;

sprawy od 1000 do 5000 PLN - prowizja procentowa 0,01%;

sprawy od 5000 do 10000 PLN - prowizja procentowa 0,01%;

sprawy powyżej 10000 PLN - prowizja procentowa 0,01%;

- to oznacza, że dla kwot maksymalnych w poniższych przedziałach - cena w PLN jego oferty wynosi:

sprawy do 1000 PLN - 10 groszy;

sprawy od 1000 do 5000 PLN - 50 groszy;

sprawy od 5000 do 10000 PLN - 1 zł;

W sprawach powyżej 10000 PLN - cena tej oferty powinna być przyjęta na poziomie nie niższym niż 1 zł i 01 groszy, w oparciu o konkretnie oznaczoną wielkość tej kwoty.

Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że dopuszczalne było licytowanie stawki prowizji do poziomu 0,00%, czy też ceny do poziomu 0,00 zł, gdyż przesądzałyby to o

nieodpłatnym charakterze oferowanej usługi, czego nie dozwala art. 2 pkt 13 Pzp, stanowiąc o odpłatnym charakterze umów w sprawie zamówienia publicznego.

W takich warunkach, z przeliczeniem zaoferowanych prowizji procentowych na ceny w PLN efektywne przeprowadzenie aukcji elektronicznej byłoby możliwe, z oznaczeniem postąpienia nie mniejszego niż jeden grosz, gdyż brak byłoby wskazywanego przez zamawiającego ograniczenia, że ze względu na ustawienia systemu aukcyjnego nie istnieje techniczna możliwość złożenia „ceny 0,00%”, gdyż wówczas nie byłaby to cena 0,00 PLN. Okoliczność taką w toku rozprawy strony oraz uczestnicy postępowania przyznali.

Przeprowadzenie zapowiadanej w ogłoszeniu aukcji nie może mieć charakteru pozornego. Sprawą zamawiającego będzie przeliczenie postąpień cenowych w PLN (z punktacją ofert) i na tej podstawie określenie wysokości prowizji, która ma być większa niż 0,00%, jednak nie musi się ograniczać po przeprowadzeniu aukcji do oznaczenia prowizji z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Przy przyjęciu za podstawę dla przeprowadzenia aukcji stawek cenowych oznaczonych w PLN, zgodnie z ustalonym kryterium najniższej ceny, i ustaleniem postąpienia w kwocie nie niższej niż jeden grosz powtórzenie aukcji elektronicznej ma polegać na przeliczeniu procentowych wartości prowizji oferowanych przez wykonawców na ceny w PLN z uwzględnieniem maksymalnych wielkości przedziałów przekazywanych zamawiającemu kwot. Przy czym w odniesieniu do przedziału powyżej 10 000 zł, zamawiający na potrzeby ustalenia ceny oferty w oparciu o zaoferowaną prowizję – w tym zakresie oznaczy konkretną wielkość tej kwoty.

Powyższe pozwoli na doprowadzenie postępowania prowadzonego przez zamawiającego do zgodności z przepisami art. 91 ust. 2 w związku z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a także pozwoli na przeprowadzenie aukcji zgodnie z art. 91a ust. 3 ustawy Pzp, to jest w oparciu o ustalone w postępowaniu i jedyne kryterium najniższej ceny.

Izba nie uwzględniła argumentacji zamawiającego, że odwołujący nie podnosił we właściwym terminie zarzutów wobec sposobu przeprowadzania aukcji podanego w SIWZ. Przywoływane na potwierdzenie swoich racji przez zamawiającego orzeczenie Izby o sygn. akt KIO 1535/13 odnosi się do odmiennego stanu faktycznego i prawnego, a ponadto w ocenianej aukcji za podstawę zostało przyjęte kryterium najniższej ceny w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Konkretne okoliczności, które stały się podstawą dla sformułowania zarzutów przez odwołującego, wynikały z warunków przeprowadzenia aukcji podanych w piśmie zamawiającego z dnia 5 listopada 2014 r. potwierdzonych dalszym pismem doręczonym wykonawcom w dniu 10 listopada 2014 r., że nie dopuszcza on podania niższych

cen/prowizji w toku aukcji niż cena/prowizja podana w ofercie przez wykonawcę KOKSZTYS. Zarzutem faktycznym był objęty brak możliwości dokonywania postępień w toku aukcji, co zamawiający tłumaczył możliwościami technicznymi platformy aukcyjnej z której korzysta. Potwierdził przy tym w toku rozprawy, że system ten może przyjmować postąpienia nie niższe niż jeden grosz.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp wiążące dla Izby są przede wszystkim zarzuty faktyczne odwołania. Izba nie jest natomiast związana zakresem żądań przedstawionych w odwołaniu. Jak również może uznać, że ustalone czynności zamawiającego w ramach badania okoliczności stawianych zarzutów naruszają również inne przepisy ustawy Pzp, niż wskazywał odwołujący w podstawach prawnych złożonych odwołań.

Postępowanie dowodowe potwierdziło zasadność zarzutów odwołań, w zakresie części 1 i 2 zamówienia, przez to, że zamawiający naruszył:

- 1) przepis art. 91a ust.1 w związku z art. 91a ust. 3 z podaniem w ogłoszeniu wiążącego kryterium najniższej ceny - polegające na ustaleniu warunków postępowania, po złożeniu ofert, a przy tym dopiero w piśmie zamawiającego z dnia 5.11.2014 r. w którym ustalono, że minimalna wartość postąpienia wynosi 0,01%,(prowizji) co w relacji do ustalonych reguł aukcji oraz oferty cenowej firmy KOKSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. oznaczało, że wykonawca ten wygrał aukcję zanim została przeprowadzona, a jej odbycie się - zgodnie z art. 91a ust. 1 zd. 1 oraz pkt. 19 SIWZ - było czynnością tylko formalnie dopełniającą postępowanie; także poprzez informację zamawiającego z dnia 6.11.2014 r., (przekazaną 10.11.2014 r.), z której wynikało, że zaoferowanie stawki prowizyjnej poniżej 0,01%, czyli niższej niż w ofercie KOSZTYS Kancelaria Prawa Gospodarczego S. k. nie było możliwe;
- 2) art. 91 ust. 2 Pzp w związku z art. 2 Pkt 1 Pzp w związku z art. 91a ust. 3 Pzp poprzez nierespektowanie ustalonego kryterium oceny ofert w postaci najniżej ceny wyrażonej w PLN.
- 2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez uchybienie zasadom zapewniającym zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowania wykonawców w następstwie prowadzenia postępowania z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wskazanych powyżej.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła wniesione odwołania w oparciu o art. 192 ust.1,2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp i nakazała zamawiającemu:

- 1) unieważnienie przeprowadzonej aukcji elektronicznej (część i i 2);
- 2) powtórzenie aukcji elektronicznej (część 1 i 2) z przyjęciem za podstawę dla przeprowadzenia aukcji stawek cenowych oznaczonych w PLN wyprowadzonych z wysokości zaoferowanego wynagrodzenia w postaci prowizji procentowej w stosunku do

podanych przedziałów przekazywanych zamawiającemu kwot, zgodnie z ustalonym kryterium najniższej ceny, i przy wyznaczeniu wysokości minimalnego postąpienia – 1 grosz; z uwzględnieniem dalszych wskazań wynikających z uzasadnienia wyroku.

Jeżeli natomiast ujawnią się dalsze niemożliwe do przewyżnienia wady i przeszkody w prawidłowym wyborze oferty i zawarciu niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, będące następstwem popełnionych nieprawidłowości w prowadzeniu postępowania – naruszenia art. 91 ust. 2, art. 91 a ust. 3 Pzp w związku z art. 2 pkt 1 Pzp, obowiązkiem zamawiającego zgodnie z art. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest unieważnienie takiego postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania uiszczone wpisy od odwołań stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów wniesionych wpisów od odwołań; zwrot kosztów zastępstwa w rozpoznawanych sprawach w kwocie łącznej 3 600,00 zł, wraz z kosztami opłat skarbowych od pełnomocnictw (34,00 zł); koszty dojazdu na rozprawę w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, na podstawie złożonych rachunków, tj. zgodnie z § 3 pkt 2) lit. a,b powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....