

Sygn. akt: KIO 326/16

WYROK

z dnia 21 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Barbara Bettman

Anna Chudzik

Protokolant: Łukasz Liskiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 17 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2016 r. przez **wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: PGNiG TERMIKA S. A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2) zasądza od **wykonawcy Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku** na rzecz **Zamawiającego: PGNiG TERMIKA S. A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PGNiG TERMIKA S. A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Remont kotła fluidalnego OFz450A oraz wymiana nurników w cyklonach kotła fluidalnego OFz450B w Elektrociepłowni Żerań w Warszawie*. Zamawiający podzielił zamówienie na dwie części.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 1 grudnia 2015 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 grudnia 2015 r. pod numerem 2015/S 236-429469.

Wykonawca Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (zwany dalej „Odwołującym”) w dniu 4 marca 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec uznania oferty wykonawcy: Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. z siedzibą w Katowicach za najkorzystniejszą w zakresie części I zamówienia oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy w tej części, gdyż wykonawca w wyniku aukcji zwiększył niektóre ceny jednostkowe w stosunku do tych, które zaoferował przed aukcją, pomimo obniżenia ceny globalnej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 pkt 2 i 3 oraz art. 91c ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91c ust. 4, art. 91 ust. 1, art. 91a ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert w zakresie objętym odwołaniem, dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. z siedzibą w Katowicach, zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przypisanych oraz na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz

postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. z siedzibą w Katowicach jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 7 marca 2016 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2016 r.) wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. z siedzibą w Katowicach (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Remont kotła fluidalnego OFz450A oraz wymiana nurników w cyklonach kotła fluidalnego OFz450B w Elektrociepłowni Żerań w Warszawie wraz z dostarczeniem wszystkich niezbędnych materiałów, części zamiennych, aparatury oraz urządzeń. Zamówienie zostało podzielone na dwie części.1 część zamówienia: Wykonanie remontu kotła fluidalnego OFz450A w EC Żerań; 2 część zamówienia: Wymiana nurników w cyklonach kotła fluidalnego OFz450B w EC Żerań”.*

/dokumentacja postępowania: Pkt 1, ppkt 1.1 „Przedmiot zamówienia” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 3/23/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

- Pkt 4 „*Dokumenty i oświadczenia wymagane w ofercie*”:

- Ppkt 4.1.11 wypełnioną tabelę specyfikacji cenowej i obliczenie ceny oferty, złożone na formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do niniejszej Instrukcji, zatytułowanych „Formularz cenowy” wraz z wypełnionym Załącznikiem nr 2 – Cennik i zakres prac oraz dostarczone urządzenia i materiały do wzoru umowy z podanymi przez Wykonawcę cenami jednostkowymi za wykonanie prac i dostarczone materiały – dotyczy 1 części zamówienia.

/dokumentacja postępowania: Pkt 4 „Dokumenty i oświadczenia wymagane w ofercie” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 8/23/.

- Pkt 12 „Ocena ofert”:

- Ppkt 12.1 Kryterium oceny ofert takie same dla 1 i 2 części zamówienia:

- Ppkt 12.1.1 Cena oferty – waga: 98 [%],

- Ppkt 12.1.2 Okres gwarancji – waga: 2 [%]

/dokumentacja postępowania: Pkt 12 „Ocena ofert” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 11-12/23/.

- Pkt 12.4 W przypadku złożenia w 1 części zamówienia co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający, po przeprowadzeniu badania ofert, przeprowadzi w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w pierwszej części zamówienia, aukcję elektroniczną, stosownie do przepisów art. 91a-91c ustawy Pzp;

/dokumentacja postępowania: Pkt 12, ppkt 12.4 „Ocena ofert” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 12/23/.

- Pkt 12.5 Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej zostanie wysłane drogą elektroniczną na adres e-mail wskazany przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym;

/dokumentacja postępowania: Pkt 12, ppkt 12.5 „Ocena ofert” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 12/23/.

- Pkt 12.7 Wymagania dotyczące udziału w aukcji elektronicznej i opis przebiegu aukcji:

- Ppkt 6 Kryteria oceny ofert: Kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie cena brutto i okres gwarancji. **Parametrem poddanym aukcji będzie tylko Cena brutto oferty.** Ceną wyjściową w aukcji elektronicznej dla każdego Wykonawcy będzie cena brutto zaproponowana przez Wykonawcę w złożonej ofercie pisemnej. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień w cenie na punktową ocenę oferty z uwzględnieniem punktacji za Okres gwarancji otrzymanej przed otwarciem aukcji.

- Ppkt 8 Oferta Wykonawcy złożona w formie pisemnej przestanie wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej.

/dokumentacja postępowania: Pkt 12, ppkt 12.7 „Ocena ofert” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, str. 12-13/23/.

Wzór Umowy nr 15DFZZ921-1 zawierał następujące postanowienia:

§ 7 Wynagrodzenie:

Ust. 2 – Wynagrodzenie za wykonanie prac objętych przedmiotem niniejszej umowy jest obliczone powykonawczo na podstawie ilości faktycznie zrealizowanych prac w danym okresie rozliczeniowym oraz w oparciu o ryczałtowe ceny jednostkowe tych prac określone w załączniku nr 2 do niniejszej umowy. Okresy rozliczeniowe są ustalane przez przedstawicieli Stron na podstawie szczegółowego harmonogramu realizacji prac i nie mogą być krótsze niż jeden miesiąc (nie dotyczy to jedynie okresu obejmującego rozliczenie końcowe).

Ust. 3 – Za dostarczone i zastosowane do wykonania remontu urządzenia, aparaturę, części i materiały wyszczególnione w załączniku nr 2 do niniejszej umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie obliczone powykonawczo na podstawie cen jednostkowych określonych w tym załączniku.

/dokumentacja postępowania: Wzór umowy nr 15DFZZ921-1, str. 6-7/19/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu dla części I zamówienia oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Energomontaż Zachód Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu: cena oferty: 8.473.768,89 zł, okres gwarancji: 12 miesięcy;
2. Bilfinger Industrial Services Polska Sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie: cena oferty: 7.576.333,79 zł, okres gwarancji: 12 miesięcy;
3. Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. z siedzibą w Katowicach: cena oferty: 6.948.024,15 zł, okres gwarancji 12 miesięcy;
4. Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku: cena oferty: 9.951.893,10 zł, okres gwarancji: 12 miesięcy.

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania, pkt 9 „Zestawienie ofert”, str. 5./.

Zamawiający pismem z dnia 29 stycznia 2016 r. zaprosił ww. wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie wskazał w treści zaproszenia, że kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie cena brutto i deklarowany okres gwarancji. **Parametrem poddanym aukcji będzie tylko Cena brutto oferty.** Ceną wyjściową w aukcji elektronicznej dla każdego Wykonawcy będzie cena brutto zaproponowana przez Wykonawcę w złożonej ofercie pisemnej. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień w cenie na punktową ocenę

oferty z uwzględnieniem punktacji za Okres gwarancji otrzymanej przed otwarciem aukcji (...). Zamawiający poinformował wykonawców, iż w przypadku gdy oferta końcowa złożona w toku aukcji będzie ofertą najkorzystniejszą wykonawca zobowiązany będzie do przedłożenia Zamawiającemu do godz. 12:00 dnia 10 lutego 2016 r. mailem skanu aktualnego Formularza „OFERTA”. W siedzibie Zamawiającego do dnia 11 lutego 2016 r. do godz. 14:00 – w kancelarii Zamawiającego należy złożyć formularz w wersji pisemnej w kopercie ze stosownym opisem. Ponadto do dnia 12 lutego 2016 r. do godz. 14:00 należy przesłać mailem edytowalną wersję Załącznika nr 2 do Wzoru Umowy nr 15DFZZ921-1.

/dokumentacja postępowania: Zaproszenie do aukcji z dnia 29 stycznia 2016 r., str. 1-2/3/.

Aukcja elektroniczna odbyła się w dniu 9 lutego 2016 r.

/dokumentacja postępowania: Zaproszenie do aukcji z dnia 29 stycznia 2016 r., str. 1/3/.

W wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej dla części 1 zamówienia ocena ofert przedstawiała się następująco:

1. Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. z siedzibą w Katowicach: cena oferty: 98,00 pkt, Okres gwarancji: 2,00 pkt; łącznie: 100,00 pkt;
2. Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku: cena oferty: 96,119 pkt, Okres gwarancji: 2,00 pkt; łącznie: 98,119 pkt;
3. Bilfinger Industrial Services Polska Sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie: 73,217 pkt, Okres gwarancji: 2,00 pkt; łącznie: 75,217 pkt;
4. Energomontaż Zachód Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu: 73,206 pkt, Okres gwarancji: 2,00 pkt; łącznie: 75,206 pkt.

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania, pkt 13, str. 6./.

Zamawiający w dniu 23 lutego 2016 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy: Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. z siedzibą w Katowicach.

/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. z siedzibą w Katowicach z dnia 23 lutego 2016 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku wniósł odwołanie w dniu 4 marca 2016 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku z dnia 4 marca 2016 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Przystępującego z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Odwołujący z jednego stanu faktycznego – w postaci zwiększenia w wyniku aukcji elektronicznej niektórych cen jednostkowych, w stosunku do cen jednostkowych zawartych w ofercie pisemnej, mimo obniżenia ceny globalnej – wywodzi skutek w postaci konieczności odrzucenia oferty wykonawcy na kilku podstawach prawnych, t.j. niezgodności treści oferty wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. z siedzibą w Katowicach z ustawą, specyfikacją oraz jako oferty złożonej w wyniku czynu nieuczciwej konkurencji, a także zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Spór wniesiony niniejszym odwołaniem sprowadza się do pytania czy dopuszczalne było - w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia - zwiększenie w wyniku aukcji niektórych cen jednostkowych w stosunku do cen jednostkowych zawartych w ofercie pisemnej, mimo iż obniżeniu uległa w wyniku aukcji elektronicznej cena brutto oferty.

Przypomnienia wymaga, iż zgodnie z art. 91c ust. 1 ustawy Pzp w toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Przepisów art. 82 ust. 1 i 2, art. 83 i 84 oraz art. 86-89 nie stosuje się. Ponadto zgodnie z ust. 2 postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W toku aukcji elektronicznej Zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców (ust. 3). Oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu.

W ocenie Izby zarzut niezgodności treści oferty ze specyfikacją - wynikający z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – nie potwierdził się w niniejszym stanie faktycznym.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że zgodnie z postanowieniami SIWZ ocenie ofert – w kryterium „ocena ofert” - poddana została cena globalna – cena brutto, Zamawiający w żadnym punkcie specyfikacji nie odnosił się do cen jednostkowych, ceny jednostkowe nie były poddane badaniu w tym kryterium. Konsekwentnie w specyfikacji przewidziano, iż w parametrze poddanym aukcji będzie tylko cena brutto oferty, co Zamawiający jednoznacznie podkreślił również w zaproszeniu do aukcji elektronicznej.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ustanowił wytycznych co do kalkulacji cen jednostkowych, w tym zakresie wykonawcom nie postawiono żadnych ograniczeń wynikających ze specyfikacji, a na możliwość zwiększenia cen jednostkowych – przy jednoczesnym obniżeniu ceny globalnej - w wyniku aukcji nie wpływała w żaden sposób konieczność rozliczania się powykonawczo według cen jednostkowych. Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w kalkulacji cen jednostkowych, a rozliczanie powykonawcze - według cen jednostkowych - przewidziane zostało również w sytuacji, gdyby aukcja elektroniczna nie odbyła się. Zauważenia wymaga, że postanowienia umowne wskazane przez Odwołującego – m.in. § 7 wzoru umowy – odnosiły się do sposobu rozliczania tego zamówienia, nie były jednak wyznacznikiem oceny ofert złożonych w tym postępowaniu. Zamawiający do oceny ofert przyjął pewne kryteria – cena globalna (cena brutto) – i takimi zasadami konsekwentnie kierował się oceniając oferty również w toku aukcji elektronicznej. Odrzucenie oferty wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp byłoby nie tylko sprzeczne – wbrew twierdzeniom Odwołującego – z postanowieniami specyfikacji, ale również prowadziłoby do złamania zasady równego traktowania wykonawców w tym postępowaniu.

Odwołujący stawiając Zamawiającemu zarzuty w odwołaniu wychodził ze stanowiska, że każdy wykonawca w toku aukcji elektronicznej powinien – w wyniku postępień zmniejszać ceny jednostkowe. Dopuszczalna w jego ocenie była sytuacja, w której zmniejszaniu ulegają wszystkie bądź niektóre ceny jednostkowe. W przypadku zmniejszania niektórych tylko cen jednostkowych, pozostałe nie mogły ulec zmianie w górę. Zwrócić należy uwagę – co zostało już wskazane – iż postąpieniu poddana była wyłącznie cena brutto oferty. Zamawiający konsekwentnie poddał postąpieniu cenę oferty brutto, będącą kryterium oceny ofert w tym postępowaniu. Zamawiający nie zawarł w specyfikacji ograniczenia, że cena po aukcji musi zawierać ceny jednostkowe nie wyższe niż w formularzu złożonym w ofercie pisemnej. Nie zawarto również ograniczenia, że postąpienia miały dotyczyć każdej z cen jednostkowych. Dopiero ewentualne postanowienie specyfikacji wyartykułowane wprost mogłoby być dla Zamawiającego podstawą do odrzucenia takiej oferty. W tak opisanym stanie faktycznym

odrzućcenie oferty zgodnie z żądaniem Odwołującego wychodziłoby ponad postanowienia specyfikacji, która wprost wskazywała, że postąpienia dotyczą ceny brutto, nie zaś cen jednostkowych.

W ocenie Izby zakaz zwiększenia w wyniku aukcji niektórych cen jednostkowych w stosunku do cen jednostkowych zawartych w ofercie pisemnej – przy jednoczesnym obniżaniu ceny globalnej nie wynika wprost z przepisów ustawy Pzp. Przepisy dotyczące aukcji elektronicznej mają charakter ogólny, a określenie szczegółowych zasad aukcji elektronicznej należy do kompetencji Zamawiającego, który może wprowadzić postanowienia niedopuszczające praktyk zwiększania cen jednostkowych, pomimo zmniejszenia ceny globalnej oferty. Skoro Odwołujący twierdzi, że podwyższenie niektórych cen jednostkowych – z jednoczesnym obniżeniem innych cen jednostkowych – jest sprzeczne z naturą aukcji, to należałoby konsekwentnie uznać, że każda z cen jednostkowych powinna ulec obniżeniu, czemu Odwołujący zaprzeczył uznając, iż dopuszczalnym jest obniżenie tylko niektórych cen jednostkowych z jednoczesnym pozostawieniem pozostałych na niezmiennym poziomie. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego skoro z natury aukcji wynika, iż wobec obniżania ceny globalnej ceny jednostkowe muszą ulec obniżeniu – i nie mogą być jednocześnie podwyższane – to sprzeczne z naturą tej aukcji jest również pozostawienie bez zmian cen jednostkowych przy jednoczesnym obniżeniu ceny globalnej.

Jak słusznie zauważył Zamawiający za ofertę najkorzystniejszą w tym postępowaniu miała zostać uznana oferta przedstawiająca bilans kryteriów ustanowionych przez Zamawiającego, a głównym kryterium w tym postępowaniu była cena brutto, ceny jednostkowe w ogóle nie były poddane kryterium oceny ofert.

Działania Zamawiającego nie można również uznać za sprzeczne z ustawą. Nie ulega wątpliwości, że postąpienia - w świetle ustawy Pzp oraz postanowień specyfikacji – dotyczyły ceny globalnej – ceny brutto – a cena ta w wyniku aukcji została przez Przystępującego obniżona. Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że zachowanie Zamawiającego było działaniem wbrew postanowieniom art. 91c ust. 4 ustawy Pzp. Oczywistym było dla Zamawiającego, iż skoro przewidział w specyfikacji możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej - jednocześnie nie wprowadzając zakazu podwyższania cen jednostkowych – to zmianie ulegną ceny jednostkowe pierwotnie zaoferowane w ofercie pisemnej, a wobec przyjętej reguły, że kryterium oceny ofert w tym postępowaniu jest wyłącznie cena brutto, to postąpienia mogły odnosić się wyłącznie do ceny globalnej, nie zaś do cen jednostkowych i tylko cenę globalną obniżano w toku aukcji elektronicznej. Zrozumiałym jest, że skoro na zaoferowaną cenę globalną (cenę brutto)

składały się ceny jednostkowe, to w wyniku aukcji przestała wiązać wykonawcę cena globalna zaoferowana w ofercie pisemnej, a w konsekwencji przestały również wiązać wykonawcę ceny jednostkowe składające się na zaoferowaną cenę globalną (cenę brutto). Ponadto Zamawiający musiał liczyć się ze zmianą cen jednostkowych (zarówno w dół, jak i w górę) – skoro po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą zobowiązany był do złożenia Zamawiającemu aktualnego formularza „OFERTA” oraz edytowalną wersję Załącznika nr 2 do wzoru umowy.

W konsekwencji należy zgodzić się z Zamawiającym, że w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej oferta Przystępującego – wobec przyjętych kryteriów specyfikacji istotnych warunków zamówienia – była ofertą najkorzystniejszą.

Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że złożenie oferty przez wykonawcę Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S. A. z siedzibą w Katowicach stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Nie wykazano w żaden sposób, aby Przystępujący dysponował dodatkową wiedzą po złożeniu oferty pisemnej, która stawiałaby go w uprzywilejowanej sytuacji uprawniającej do podwyższania niektórych cen jednostkowych – wobec obniżania ceny globalnej. Przystępujący na etapie aukcji nie mógł w żaden sposób zakładać, że niektórych czynności, prac nie wykona. Skoro Odwołujący nie zgadzał się z postanowieniami specyfikacji, to na wcześniejszym etapie postępowania miał możliwość kwestionowania spornych jej zapisów.

Izba nie przychyliła się również do stanowiska Odwołującego, że w tej sprawie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). W orzecznictwie przyjmuje się, że błędem w obliczeniu ceny jest każdy inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. W niniejszej sprawie Odwołujący w żaden sposób nie wykazał jakie błędy w sposobie kalkulacji przyjętej przez Przystępującego zostały popełnione. W szczególności – na co zwrócił uwagę Przystępujący – iż, Zamawiający pozostawił wykonawcom - w świetle postanowień specyfikacji - swobodę w kalkulacji cen jednostkowych, czemu Odwołujący się nie sprzeciwiał.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

.....

.....