

WYROK

z dnia 24 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca:** Monika Kawa-Ogorzałek  
**Członkowie:** Danuta Dziubińska  
Dagmara Gałczewska-Romek  
**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2019 przez wykonawcę **Mitsubishi Hitachi Power Systems Europe GmbH z siedzibą w Duisburgu (Niemcy)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Enea Elektrownia Połaniec S. A. z siedzibą w Połańcu**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Modernizacji Urządzeń Energetycznych REMAK S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą zwrot kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Kielcach.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - ENEA Połaniec S.A. z siedzibą w Połańcu prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018r., poz. 1986 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja absorberów C i D Instalacji IOS w Enea Elektrownia Połaniec S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 listopada 2018r., pod numerem pod nr Dz.U. S 2018/S 224-513633.

Zamawiający w dniu 4 lipca 2019 r. poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 2 lipca 2019r.

Na powyższą czynność Zamawiającego wykonawca - Mitsubishi Hitachi Power Systems Europe GmbH z siedzibą w Duisburgu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 36(1) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (dalej: „Dyrektywa”) poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, tj. poprzez:

a) podjęcie zaskarżonych czynności, w sytuacji, gdy żaden z uprawnionych wykonawców nie został pominięty w zaproszeniu do udziału w Postępowaniu na etapie aukcji elektronicznej i w efekcie, każdy z takich wykonawców brał czynny udział w aukcji elektronicznej i dokonywał postąpień:

b) nieuzasadnione faworyzowanie jednego z wykonawców w postępowaniu - wykonawcy Przedsiębiorstwo Modernizacji Urządzeń Energetycznych REMAK S.A. (dalej: „Przystępujący”), który na skutek unieważnienia legalnej aukcji elektronicznej i powtórzenia tego etapu postępowania uzyska szansę na złożenie oferty na warunkach dla siebie korzystniejszych niż wymagały tego warunki składania oferty w pierwotnej aukcji w dniu 2 lipca 2019r., co stoi w jednoznacznej sprzeczności z zasadą równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców a także z zasadą przejrzystości;

2) 91c ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną jego interpretację i stwierdzenie wadliwości etapu aukcji elektronicznej w postępowaniu w sytuacji, gdy aukcja elektroniczna przebiegła bez zakłóceń oraz odstępstw od warunków ustalonych przez Zamawiającego, a Przystępujący mógł w jej toku, stosownie do brzmienia powyższego przepisu, składać kolejne korzystniejsze postąpienia, ale składał wyłącznie takie, które nie przebijały oferty prowadzącej;

- c) art. 91a ust. 2a w związku z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp oraz 53(4) oraz 53(6) Dyrektywy poprzez zmianę warunków składania oferty w aukcji określonych w Załączniku nr 7 do Części 1 SIWZ, dopiero na etapie powtórnej aukcji elektronicznej w postępowaniu,
- d) art. 91 d ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego złożonej w toku aukcji elektronicznej w dniu 2 lipca 2019 r., potwierdzonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- e) art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że istnieją podstawy do ponownego zaproszenia wykonawców do udziału w powtórnej aukcji elektronicznej.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności unieważnienia czynności aukcji elektronicznej z dnia 2 lipca 2019r.
- b) unieważnienia czynności zaproszenia w dniu 8 lipca 2019r. wykonawców do powtórnej aukcji elektronicznej w postępowaniu,
- c) unieważnienia czynności powtórzenia aukcji elektronicznej w postępowaniu;
- d) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego złożonej w toku aukcji elektronicznej w dniu 2 lipca 2019 r., potwierdzonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej

oraz o:

- e) zabezpieczenie roszczenia Odwołującego wynikającego z niniejszego odwołania poprzez zakazanie Zamawiającemu przeprowadzania powtórnej aukcji elektronicznej w Postępowaniu do czasu wydania orzeczenia przez Izbę w niniejszej sprawie, a także o:
- f) skierowanie na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujących pytań prejudycjalnych dotyczących interpretacji przepisów prawa unijnego:

**Pytanie 1:** Czy art. 36(1) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE oraz zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone przez Trybunał w szczególności w wyroku z dnia 7 kwietnia 2016 roku w sprawie C-324/14 w części w przedmiocie pytania ósmego i dziewiątego, należy interpretować w ten sposób, że zezwalają one na unieważnienie i powtórzenie aukcji elektronicznej w sytuacji, gdy aukcja elektroniczna przebiegła bez zakłóceń (w tym bez awarii technicznych) oraz bez odstępstw od warunków ustalonych przez Zamawiającego, a każdy z wykonawców mógł w jej toku składać kolejne

korzystniejsze postąpienia wg przyjętej formuły aukcji elektronicznej aukcja zniżkowa angielska i zgodnie z warunkami składania oferty w postępowaniu, tj.: „Wymagane przebicie oferty prowadzącej - Tak”, a jeden z wykonawców składał wyłącznie takie postąpienia (oferty), które nie przebijają oferty prowadzącej, w efekcie czego żadna z jego ofert nie mogła być przez system oceniona jako korzystniejsza i nie została przyjęta?

**Pytanie 2:** Czy art. 36(1) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r, w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE w związku z art. 53(4) oraz 53(6) tejsze oraz zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone przez Trybunał w szczególności w wyroku z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 należy interpretować w ten sposób, że zezwalają one na unieważnienie aukcji elektronicznej na tej podstawie, że jeden z wykonawców złożył w jej toku szereg postąpień (ofert), które zostały prawidłowo ocenione przez system jako mniej korzystne niż oferta prowadząca i na powtórzenie aukcji elektronicznej na zmienionych warunkach składania oferty w postępowaniu, tj. po zmianie warunku: „Wymagane przebicie oferty prowadzącej — Tak” na nowy warunek: „Wymagane przebicie oferty prowadzącej — Nie” i tym samym umożliwienie temu wykonawcy złożenie kolejnej oferty z ceną wyższą, niż mógł to uczynić stosownie do formuły przyjętej w postępowaniu pierwotnie dla aukcji elektronicznej? alternatywnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę wniosków zawartych w pkt 1) i 2) powyżej, wniósł o unieważnienie postępowania w związku z zaistnieniem przesłanek, o których mowa w art. 93 ust, 1 pkt. 7) ustawy Pzp.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że wskutek bezpodstawnego unieważnienia aukcji Odwołujący utracił zamówienie, które w sytuacji utrzymania w mocy aukcji z dnia 2 lipca 2019 r. zostałoby mu udzielone. Został zmuszony do dalszego konkurowania ceną, która na oferowanym w dniu 2 lipca 2019 r. poziomie w terminie drugiej aukcji nie pozwalała już na uzyskanie zamówienia. Konkurent Odwołującego, który nie zachował należytej staranności i nie zrealizował swojego uprawnienia do zaoferowania korzystniejszego postąpienia zgodnie z regulaminem aukcji, który był elementem niezaskarżonego SIWZ doręczonego stronom w kwietniu 2019 r., w drugiej aukcji zyskał szansę na naprawienie skutków swojego zaniechania. Dodatkowo Zamawiający zastosował nowy algorytm obliczania korzystności oferty, to jest niezgodny z zapowiedzianym w SIWZ systemem aukcji angielskiej, w której każde kolejne postąpienie musi być niższe, niż cena obecnie uznawana za korzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że czynności Zamawiającego zostały podjęte w celu spóźnionej zmiany warunków składania oferty w tym etapie postępowania w taki sposób, aby

Przystępujący mógł złożyć korzystniejszą ofertę niż mógł złożyć na podstawie warunków pierwotnej aukcji elektronicznej, jaka miała miejsce w dniu 2 lipca 2019 r. Wskazał, że zastosowanie zasady równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, lecz należy ją rozpatrywać w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Powołując się na wyrok C-336/12 Manova, p.29 Odwołujący wywiódł, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta (C-336/12 Manova, p.29). Ani przepisy dyrektyw zamówieniowych, ani ustawy Pzp nie ograniczają zamawiających w możliwościach i sposobach - formułach prowadzenia aukcji elektronicznej. Wymogiem jest, jednakże, że zwycięski wykonawca zostaje ustalony automatycznie na koniec procesu aukcji elektronicznej na podstawie informacji wprowadzonych przez Zamawiającego przed rozpoczęciem aukcji i informacji wprowadzonych przez oferentów w toku aukcji elektronicznej bez jakiegokolwiek interwencji Zamawiającego podczas trwania aukcji lub po zakończeniu tego etapu. (por. art. 91a ust. 3 Pzp). Odwołujący wskazał, że orzecznictwo, zarówno KIO jak i TSUE dopuszczają możliwość unieważnienia aukcji elektronicznej i jej powtórzenie, jednak sytuacja taka traktowana jest jako rozwiązane, które może być stosowane jedynie w ostateczności w celu usunięcia wadliwości postępowania polegającego na naruszeniu zasady równego traktowania i niedyskryminacji, w szczególności jeśli jeden z oferentów został pozbawiony prawa składania postąpień, co mogłoby być jednoznaczne z pozbawieniem prawa go do udziału w aukcji. Tymczasem w niniejszej sprawie takie wyjątkowe okoliczności, które pozwalałyby na unieważnienie pierwotnej aukcji, nie miały miejsca.

Odwołujący wskazał, że w dniu 2 lipca 2019 r. Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w czasie trwania której nie miała miejsca żadna awaria systemu teleinformatycznego, a w jej toku została złożona przez Odwołującego jedna oferta, która stała się ofertą najkorzystniejszą, a przez Przystępującego zostało złożonych kilka ofert, które system ocenił, jako oferty mniej korzystne od oferty prowadzącej. Wyjaśnił także, że aukcja elektroniczna, stosownie do zapisów Załącznika nr 7 do Części 1 SIWZ odbywała się wg. zniżkowej aukcji angielskiej. Zgodnie z zapisami dokumentu: Instrukcja obsługi platformy zakupowej GDF SUEZ podręcznik Oferenta (eB2B Sp. z o.o. GDF SUEZ): „System eB2B umożliwia prowadzenia licytacji elektronicznej w następujących formułach:

1. Licytacja angielska — reguła licytacji oznacza, że Oferent chcąc złożyć ofertę, musi przebić ofertę aktualnie prowadzącą. Reguła Licytacji może być zniżkowa (zakup). Licytacja kończy się z chwilą upływu czasu podstawowego lub czasu/ilości dogrywek.” (str. 20) Dalej dokument wyjaśnia: „Formułę Licytacji określają zdefiniowane przez Organizatora ustawienia

w sekcji „Opcje postępowania” dostępnej w zakładce „Ustawienia ogólne” Konfigurację Licytacji angielskiej określają poniższe opcje, których wartość jest zdefiniowana na „TAK”. Wymagane przebicie oferty prowadzącej — wartość „tak” oznacza, że system zaakceptuje ofertę, która będzie lepsza co najmniej o wartość minimalnego postąpienia od obecnie najlepszej oferty w systemie” (str. 21). Odwołujący wskazał, że na stronie portalu <https://aukcje.enea-polaniec.pl/help-bidder-manual.html> w zakładce „Pomoc” można znaleźć zdefiniowane ustawienia dla aukcji elektronicznej z dnia 2 lipca 2019 r.: Postępowanie nr: NZ/PZP/23/2019 wg stanu na dzień 4.07.2019r. (termin publikacji postępowania: 21.06.2019r.), które determinują formułę aukcji jako angielską, bowiem w rubryce: „Wymagane przebicie oferty prowadzącej” — zaznaczono wartość „tak”. Z wyjaśnień administratora platformy eB2B, jakie przekazał Zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2019r. wynika, że w postępowaniu obowiązywały następujące warunki składania oferty: „Wymóg przebicia oferty prowadzącej odnosi się do parametrów podlegających zmianie. W związku z tym, aby oferta została przyjęta musi mieć więcej punktów, aniżeli oferta prowadząca i dodatkowo być lepsza o minimalne postąpienie, tj. o 12.300 na parametrze podlegającym zmianie (str. 2). Zgodnie z Załącznikiem nr 7 do Części 1 SIWZ kryterium zmiennym w aukcji jest K1, czyli cena ofertowa brutto dla całego zakresu przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego, okoliczności sprawy potwierdzają, że aukcja elektroniczna w dniu 2 lipca 2019 r. przebiegała według powyżej wskazanych i wcześniej ustalonych warunków, tj. aukcji zniżkowej angielskiej. W szczególności, potwierdza to pismo Zamawiającego, z którego wynika, że Przystępujący „wielokrotnie próbował obniżyć wartość swojej oferty”, a „system za każdym razem komunikował, że „oferta nie może być przyjęta, ponieważ nie jest lepsza od najlepszej oferty. Wymagane jest przebicie oferty prowadzącej” Dopiero rzeczywiste zejście poniżej poziomu oferty cenowej konkurencji zostało przyjęte przez system.” Tymczasem możliwość, że podczas aukcji oferent składa kolejne postąpienia w stosunku do jego poprzedniej oferty jest cechą charakterystyczną innej formuły, niż aukcja angielska, - tzw. aukcji dynamicznej, która nie została przewidziana w SIWZ postępowania.

Odwołujący podkreślił, że Dyrektywy z 2014 r. jednoznacznie dopuszczają możliwość, że w toku aukcji elektronicznej dochodzi do rewizji wyłącznie ceny oferty, także wtedy, kiedy nie tylko cena jest kryterium oceny oferty (por. art. 53(3)(b) Dyrektywy 2014/25). Istotne jest, aby reguły według których następuje automatyczna ocena ofert podane były z góry ustalone (por. art. 53(4) Dyrektywy 2014/25). Podkreślił, że ustawa Pzp stawia w szczególności wymóg określenia w SIWZ warunków, na jakich wykonawcy będą mogli licytować oraz, w szczególności minimalne wysokości postąpień, które będą wymagane podczas licytacji (art. 91a ust. 2a pkt, 5 Pzp). Nadto, nie jest możliwe wprowadzanie zmian do warunków

postępowania po dacie złożenia oferty. W szczególności, wprowadzanie zmian w SIWZ dopiero po upływie terminu składania ofert stanowi rażąco naruszenie ustawy Pzp i narusza warunki udziału wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne (wyrok SO z dnia 28.04.2006 II Ca 218/06). Tymczasem obecnie na stronie portalu <https://aukcje.enea-polaniec.pl/help-biddermanual.html> w zakładce „Pomoc” w przygotowaniu do powtórnej aukcji elektronicznej można znaleźć zdefiniowane ustawienia dla: Postępowanie nr: NZ/PZP/23/2019 wg stanu na dzień 5.07.2019r. (termin publikacji postępowania: 5.07.2019 r.), które eliminują formułę aukcji angielskiej bowiem w rubryce: „Wymagane przebicie oferty prowadzącej” - zaznaczono wartość „nie”.

Odwołujący podkreślił, że podczas aukcji elektronicznej w dniu 2 lipca 2019 r. Przystępujący złożył kilka ofert, które okazały się być mniej korzystne niż oferta Odwołującego według zastosowanej formuły aukcji: zniżkowa aukcja angielska. Jak wynika z zastrzeżeń zgłoszonych do Zamawiającego, Przystępujący nie złożył w toku aukcji elektronicznej w dniu 2 lipca 2019 r. oferty, która przebijałaby ofertę Odwołującego. Obecnie przeprowadzana przez Zamawiającego zmiana warunków składania oferty stanowi niedozwoloną ingerencję w wynik aukcji elektronicznej, bowiem w jej efekcie, z inicjatywy Zamawiającego dochodzi do umożliwienia Przystępującemu złożenia oferty, jakiej Zamawiający nie zamierzał przyjąć w pierwotnej zaplanowanej formule aukcji elektronicznej. Zatem powtórna aukcja elektroniczna de facto zostaje pozbawiona swej istoty, jaką jest automatyczna ocena oferty według z góry zaproponowanej formuły.

Według Odwołującego działanie Zamawiającego stanowi także niedozwolone na gruncie zamówień publicznych negocjowanie treści oferty, bowiem Zamawiający dostosowuje ustawienia aukcji elektronicznej na potrzeby złożenia przez Przystępującego oferty, której złożenia pierwotnie nie dopuścił.

Podkreślił, że powyższe czynności rażąco naruszają ogólne przepisy o zamówieniach publicznych, które zakazują wszelkich form faworyzowania jednych wykonawców kosztem innych. W niniejszej sprawie bowiem Zamawiający dąży do poprawienia sytuacji Przystępującego zmieniając formułę aukcji elektronicznej w taki sposób, aby ten nie musiał przebijać oferty prowadzącej o minimalną wartość postąpienia, wbrew pierwotnie przyjętym w SIWZ regułom.

W warunkach pierwszej aukcji, organizowanej zgodnie z SIWZ, Przystępujący musiałby złożyć postąpienie co najmniej o 12 300 zł niższe od ceny oferty Odwołującego, czyli niższe o 12 300 zł od kwoty 38,7 mln złotych zaoferowanej przez Odwołującego (i równocześnie korzystniejsze z uwzględnieniem pozostałych kryteriów oceny ofert). Tymczasem w warunkach drugiej aukcji Zamawiający umożliwił wykonawcy REMAK przebicie oferty Odwołującego w kwocie 38,7 mln złotych poprzez zrobienie minimalnego postąpienia



12 300 zł w stosunku do ceny oferty Przystępującego tj. od kwoty 40 372 071 złotych. Ponadto, wobec ujawnienia ceny jaką Odwołujący gotowy jest zaoferować na etapie aukcji elektronicznej, do czego doszło w dniu 2 lipca 2019r., Przystępujący posiada przewagę konkurencyjną polegającą na tym, że w drugiej aukcji może przygotować swoją strategię cenową w odniesieniu do ceny zaoferowanej w pierwszej aukcji przez Odwołującego a także spodziewać się określonego przebiegu aukcji. Z przebiegu pierwszej aukcji elektronicznej wyznaczonej na 30 minut wynika, że pierwsze postąpienie zostało złożone w 26:20 minucie przez Odwołującego, a wykonawca REMAK nie złożył do tego czasu ani jednego postąpienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że o ile Zamawiający obecnie twierdzi, że zapisy zamieszczone w SIWZ w szczególności przewidziana w Załączniku nr 7 do Części 1 SIWZ formuła aukcji elektronicznej były niezgodne z przepisami prawa, skutkuje to tym, że Postępowanie obarczone zostało wadą i podlega unieważnieniu w myśl art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Próba modyfikacji SIWZ poprzez zmianę formuły aukcji elektronicznej na obecnym etapie Postępowania następuje z naruszeniem przepisów art. 38 ust. 4 i art. 91a ust. 2a Pzp, co także przesądza o wadliwości postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu wskazał, że to pierwotne błędne ustawienie aukcji spowodowało naruszenie normy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a jej unieważnienie i nowe prawidłowe ustawienie przywróci postępowaniu prawidłowe zasady. Zamawiający wyjaśnił, że po uzyskaniu informacji od Przystępującego dokonał analizy wszystkich ustawień w trakcie trwania aukcji oraz algorytmów wyliczeń stosowanych do oceny ofert Zamawiający stwierdził, iż miały one wpływ na możliwość złożenia postąpień w trakcie trwania aukcji przez Przystępującego. Zachowując zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należało więc unieważnić i powtórzyć czynność w postępowaniu jaką jest aukcja elektroniczna, do udziału w której nie mógł prawidłowo przystąpić Przystępujący, który został do niej prawidłowo zakwalifikowany i zaproszony.

Zamawiający podkreślił, że jest uprawniony do korygowania wadliwych czynności w postępowaniu, niezależnie od przyczyn leżących u podstaw takiego działania. Wadliwość taka dotknęła aukcję elektroniczną przeprowadzoną w dniu 2 lipca 2019 r., bowiem Przystępujący nie mógł dokonywać w jej toku postąpień z uwagi na okoliczności, na które nie miał wpływu. Powyższe spowodowało, że nie doszło do realizacji istoty aukcji elektronicznej, którą zgodnie z art. 91c ust. 1 Pzp jest możliwość dokonywania korzystniejszych postąpień za pomocą stosownego formularza. Stanowiłoby także naruszenie ww. przepisu, a nadto zasady uczciwej konkurencji, bowiem wykonawca prawidłowo zaproszony do udziału w aukcji pozbawiony

został, z przyczyn od siebie niezależnych, możliwości konkurowania w celu uzyskania zamówienia.

Zamawiający podkreślił ponadto, że możliwość unieważnienia aukcji elektronicznej w całości potwierdza TSUE w wyroku C-324/14 z 7 kwietnia 2016 r. wskazując, że „[...]wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, [...]”.

W konsekwencji zaistniałych nieprawidłowości nie mogło dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że jego prawem, a zarazem bezwzględny obowiązką jest konwalidowanie wadliwych i niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności, w tym konkretnym przypadku całej aukcji elektronicznej. Ponieważ dla przywrócenia w przedmiotowym postępowaniu ustawowych zasad związanych udzielaniem zamówień publicznych wystarczające i prawnie dopuszczalne jest unieważnienie wadliwej czynności i w konsekwencji przywrócenie prawidłowych ustawień akcji elektronicznej alternatywne żądanie Odwołującego jest oczywiście niezasadne.

Zamawiający odnosząc się do wniosku o skierowanie pytań prejudycjalnych do TSUE stwierdził, że wniosek ten jest bezzasadny. Zauważył, że zasadność i konieczność dokonania unieważnienia aukcji w sytuacji, gdy naruszała ona zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp została już przez TSUE potwierdzona.

Odnosnie wniosku o zabezpieczenie roszczeń Zamawiający stoi na stanowisku, że w przeciwieństwie do ewentualnego zakazu zawarcia umowy ustawodawca nie wprowadził zakazu dokonywania innych niż zawarcie umowy czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po wniesieniu odwołania. Jednocześnie nie istnieje instytucja zawieszania postępowania lub wydawania zakazów podejmowania konkretnych czynności w postępowaniu do czasu rozpoznania odwołania. Jednakże Zamawiający wyjaśnił, że wstrzymał czynność powtórzenia aukcji, ale z zupełnie innych względów niż wniosek Odwołującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, dowody i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Przedsiębiorstwo Modernizacji Urządzeń Energetycznych REMAK S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba na rozprawie postanowiła o oddaleniu złożonego przez Odwołującego wniosku o skierowanie pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wobec uznania, że dla wydania wyroku w niniejszej sprawie nie jest niezbędnym uzyskanie odpowiedzi na wskazane przez Odwołującego pytania.

Ponadto Odwołujący wycofał zgłoszony w odwołaniu wniosek o zabezpieczenie roszczenia.

#### **Izba ustaliła:**

W dniu 4 lipca 2019r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności w postępowaniu tj. aukcji elektronicznej, która odbyła się w dniu 2 lipca 2019r. na platformie zakupowej Zamawiającego - eB2B o numerze ID 124741 oraz że powtórzeniu czynność tj. przeprowadzi ponownie aukcję elektroniczną na swojej platformie zakupowej eB2B. Uzasadniając powyższą czynność Zamawiający wskazał, że w dniu 2 lipca 2019 r. w godz. 10:00 do 10:30 odbył się kolejny etap w postępowaniu na „Modernizację absorberów C i D instalacji IOS w Enea Połaniec S.A.”, Zamawiający wyjaśnił, że ustalił następujące warunki aukcji: czas trwania podstawowy: 30 min., czas przed upływem czasu podstawowego, w którym złożone postąpienie powoduje wygenerowanie dogrywki: 3 min., czas dogrywki: 5 min.; wagi: 85 % cena, 15% gwarantowane zużycie energii elektrycznej (wykonawca A 11,52 pkt; wykonawca B 15 pkt), minimalne postąpienie: 12 300 zł brutto. Kolejno wskazał, że dopuścił do aukcji oferty Odwołującego i Przystępującego, gdzie Odwołujący złożył pierwsze i jedyne w aukcji postąpienie na 40 sek. przed upływem czasu, w którym złożone postąpienie nie powoduje wygenerowanie dogrywki, kwota postąpienia: 38 577 271,50zł. To postąpienie spowodowało, że oferta Odwołującego, przy uwzględnieniu punktów za gwarantowane zużycie energii elektrycznej, stała się ofertą najkorzystniejszą. Wyjaśnił, że w trakcie trwania aukcji nie stwierdził występowania jakichkolwiek problemów technicznych, a Wykonawcy nie

informowali o problemach technicznych po stronie operatora czy też po swojej stronie. Aukcja nie została przerwana przez Zamawiającego, uzyskując o godz. 10:30 status „zakończona”.

Dalej Zamawiający wskazał, że po zakończeniu aukcji elektronicznej wykonawca REMAK złożył wniosek dotyczący ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej, podnosząc to, iż system działał nieprawidłowo bądź parametry aukcji elektronicznej zostały ustawione w sposób nieadekwatny do kryterium oceny ofert zawartego w SIWZ oraz regulaminie aukcji elektronicznej. Wykonawca argumentował, że próbował wielokrotnie obniżyć wartość swojej oferty, system za każdym razem komunikował, że „oferta nie może być przyjęta, ponieważ nie jest lepsza od najlepszej oferty. Wymagane jest przebicie oferty prowadzącej”. Dopiero rzeczywiste zejście poniżej poziomu oferty cenowej konkurencji tj. do kwoty 38.500.000 zł co zostało wykonane dla sprawdzenia systemu, zastało przyjęte przez system. W tej sytuacji zasugerował sprawdzenie prawidłowości działania systemu i przyjętych algorytmów wyliczenia. Komisja Przetargowa wystąpiła do administratora platformy eB2B o wyjaśnienie powyższej sytuacji. W odpowiedzi uzyskała potwierdzenie, iż sytuacja opisana przez wykonawcę miała miejsce „Wymóg przebicia oferty prowadzącej odnosi się do parametrów podlegających zmianie. W związku z tym, aby oferta została przyjęta musi mieć więcej punktów aniżeli oferta prowadząca i dodatkowo być lepsza o minimalne postąpienie tj. o 12 300 na parametrze podlegającym zmianie tj. dopiero oferta w wysokości 38.687.700,00 zostałyby przyjęta”.

Zamawiający wyjaśnił, że po przeanalizowaniu wszystkich ustawień w trakcie trwania aukcji oraz algorytmów wyliczeń stosowanych do oceny ofert stwierdził, iż miały one wpływ na możliwość złożenia postąpień w trakcie trwania aukcji przez Przystępującego. Zdaniem Zamawiającego mając na względzie zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców konieczne było unieważnienie i powtórzenie czynności w postępowaniu jaką jest aukcja elektroniczna, do udziału w której nie mógł prawidłowo przystąpić wykonawca, który został do niej prawidłowo zakwalifikowany i zaproszony.

Zamawiający wskazał także, iż w postępowaniach, w których znajduje zastosowanie aukcja elektroniczna, ocena ofert nie kończy się po ocenie dokonanej przez Zamawiającego na podstawie złożonych w terminie ofert, lecz jest pierwszym etapem, po którym wykonawcy mogą w trakcie aukcji poprawić swoje oferty w tych aspektach, które są przedmiotem oceny w aukcji, a zamawiający uwzględni to w całościowej ocenie oferty. W przypadku oferty Przystępującego ustawienia aukcji przekładające się na algorytm wyliczenia nie dawały możliwości wykonania postąpień zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, bowiem nie mógł on dokonywać w jej toku postąpień z uwagi na okoliczności, na które nie miał wpływu.

### **Izba zważyła:**

Zgodnie z art. 91a ust. 3 ustawy Pzp 3 kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zaproszeniu do aukcji elektronicznej, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej. Stosownie natomiast do treści art. 91 b ust 2a ustawy formuła matematyczna, o której mowa w ust. 2 pkt 6, uwzględnia wagę wszystkich kryteriów oceny ofert.

W rozdziale XVII SIWZ Zamawiający określił, że kryteriami oceny ofert w prowadzonym postępowaniu będzie kryterium ceny ofertowej brutto (K1) z wagą 85% oraz gwarantowane zużycie energii elektrycznej po modernizacji (K2) z wagą 15%. Za najkorzystniejszą ofertę zostanie uznana oferta, która zdobędzie największą liczbę punktów według powyższych kryteriów.

W załączniku nr 1 do zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej w punkcie 8 Zamawiający wskazał, że oferty składane przez Wykonawców podlegają automatycznej klasyfikacji na podstawie kryteriów oceny ofert. Aukcja elektroniczna będzie odbywać się wg zniżkowej aukcji angielskiej co oznacza, że każda następna oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie ona korzystniejsza od aktualnie najlepszej oferty. Wykonawca nie będzie miał możliwości podwyższenia uprzednio zaproponowanej przez siebie ceny ofertowej. Natomiast w punkcie 9, wyjaśnił, że sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie kolejnych ofert na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji.

Skład orzekający Izby, rozpoznając niniejszą sprawę stwierdziła, że stanowisko Odwołującego odnośnie braku możliwości powtórzenia aukcji elektronicznej w analizowanym stanie faktycznym było niezasadne. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że jest on uprawniony do korygowania wadliwych czynności w postępowaniu, niezależnie od przyczyn leżących u podstaw takiego działania. Wadliwość taka dotknęła aukcję elektroniczną przeprowadzoną w dniu 2 lipca 2019 r., bowiem - co wynika z przedłożonych przez Zamawiającego dowodów - postąpienia dokonywane przez Przystępującego nie były akceptowane przez system z uwagi na nieprawidłowo ustalony algorytm, na który nie miał on wpływu. Okoliczność ta, jak wskazywał Zamawiający obciążała Operatora. Podkreślić należy, że na początku aukcji Przystępujący miał przewagę punktową w kryterium zużycie energii elektrycznej 3,48 pkt co, jak wyjaśnił, kwotowo dawało mu przewagę ok 1.600.000 zł brutto. W wyniku złożenia postąpienia przez Odwołującego do kwoty brutto 38.700.000 uzyskał on przewagę 0,04 punktu tj. kwotowo ok 16 tys zł nad ofertą złożoną przez Przystępującego. Przystępujący wskazał, że złożenie przez niego postąpienia, w którym obniżyłby swoją ofertę z ceną brutto 40.372.071,06 zł o 16 000 zł spowodowałoby, że oferta ta przedstawiałaby

najkorzystniejszy bilans ceny (K1) oraz kryterium zużycia energii (K2). Natomiast nieprawidłowe ustalenie algorytmu w czasie aukcji powodowało, że aby oferta Przystępującego została zaakceptowana i przyjęta przez system musiałaby zostać obniżona nie o 16 000 zł, a o 1 600 000 zł, bowiem ustawiony w aukcji algorytm przy ustaleniu która z ofert jest najkorzystniejsza uwzględniał tylko kryterium ceny, pomijał natomiast kryterium zużycia energii. Ustawienie aukcji, pomijały zupełnie punktację w kryterium zużycie energii przez co nie gwarantowały wyboru oferty „najkorzystniejszej” zgodnie z ustalonymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert tj. stanowiącej najkorzystniejszy bilans obu kryteriów tj. ceny i zużycia energii.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że, ustawienia aukcji przekładające się na algorytm wyliczenia nie dawały możliwości wykonania postępień zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, co spowodowało, że nie doszło do realizacji istoty aukcji elektronicznej, którą - zgodnie z art. 91c ust. 1 ustawy Pzp - jest możliwość dokonywania korzystniejszych postępień za pomocą stosownego formularza. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że utrzymanie w mocy wyniku aukcji z 2 lipca 2019 r. stanowiłoby naruszenie przepisu art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, a nadto naruszenie zasady uczciwej konkurencji, bowiem wykonawca prawidłowo zaproszony do udziału w aukcji pozbawiony został, z przyczyn od siebie niezależnych, możliwości konkurowania w celu uzyskania zamówienia.

Wskazać należy, że o możliwości unieważnienia aukcji elektronicznej w całości wypowiedział się TSUE w wyroku C-324/14 z 7 kwietnia 2016 r. wskazując, że "[...]wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę[...]". W stanie faktycznym sprawy co prawda wszyscy wykonawcy, którzy złożyli "dopuszczalne oferty" zostali dopuszczeni do udziału w aukcji, ale przebieg aukcji był nieprawidłowy z uwagi na błędnie ustawiony algorytm przez Operatora. W konsekwencji w przebiegu aukcji zaistniały nieprawidłowości, które wymagały usunięcia w celu przywrócenia prowadzonej procedury do stanu zgodności z prawem.

Wskazać końcowo należy, że wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający nie dokonał zmiany warunków przebiegu aukcji określonych w SIWZ, jedyna zmiana jaka została dokonana dotyczyła ustawień technicznych aukcji, które zostały dostosowane by w pełni uwzględniać ustalone w postępowaniu kryteria oceny ofert.

W konsekwencji orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....