

Sygn. akt: KIO 2717/23

## WYROK

z dnia 27 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Danuta Dziubińska**

**Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2023 r. przez wykonawcę **Unibep Spółka Akcyjna** z siedzibą w Bielsku Podlaskim, ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski

w postępowaniu prowadzonym przez **Enea Ciepło Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Białymstoku, ul. Warszawska 27, 15-062 Białystok

### orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz przeprowadzenie aukcji elektronicznej zgodnie z zasadami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia;
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Enea Ciepło Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku na rzecz Unibep Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonych przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika strony w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 2717/23

## Uzasadnienie

Enea Ciepło sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. rzebudowa (wymiana – demontaż i budowa) kotłów węglowych WRm 40 nr K-4 i WRp 40 nr K-5 na kotły opalane gazem i/lub olejem wraz z instalacją odprowadzenia spalin dwoma stalowymi emitorami posadowionymi na wspólnym fundamencie żelbetowym oraz budowie instalacji magazynowania i dystrybucji oleju opałowego w Ciepłowni „Zachód” w Białymstoku”, numer referencyjny: OZ/260/MW/RB/02/23. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 maja 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 099-308298.

6 września 2023 r. Zamawiający opublikował informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Wykonawca UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec:

- 1) unieważnienia Postępowania, mimo iż brak jest ku temu jakichkolwiek podstaw prawnych, tj. w przedmiotowej sprawie nie doszło do ziszczenia się opisanych w art. 255 pkt 3 Pzp przesłanek, bowiem Zamawiający nie ustalił ceny oferty najkorzystniejszej po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, która w postępowaniu ma charakter obligatoryjny.
- 2) zaniechania przeprowadzenia czynności, o których mowa w:
  - a) art. 232 ust. 1 i 2 Pzp – tj. zaproszenia wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, do udziału w aukcji elektronicznej;

b)art. 227 ust. 2 Pzp – tj. zaniechaniu przeprowadzenia aukcji elektronicznej w trybie i na zasadach określonych w Dziale XXI Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) oraz załączniku nr 9 do niej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1)art. 255 pkt 3) w zw. z art. 227 ust. 1 Pzp poprzez niezasadne unieważnienie postępowania, mimo iż brak jest ku temu podstaw, tj. niezasadne stwierdzenie, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podczas gdy ustalenie ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą możliwe jest wyłącznie po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, której celem jest m.in. uzyskanie nowych, obniżonych cen; unieważnienie przez Zamawiającego Postępowania bez uprzedniego przeprowadzenia aukcji było niezasadne, dokonane w sposób całkowicie dowolny i sprzeczny z przepisami prawa, a także z postanowieniem Działu XXI SWZ”;
- 2)art. 227 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez niezasadne zaniechanie przeprowadzenia w postępowaniu aukcji elektronicznej, w sytuacji gdy obowiązek jej ponownego przeprowadzenia wynika wprost z treści SWZ oraz przepisów prawa, tj. Zamawiający jest zobowiązany do jej uprzedniego przeprowadzenia w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, co stanowiło próbę (bezprawnej) modyfikacji treści SWZ po złożeniu ofert, polegającą na rezygnacji z przeprowadzenia aukcji elektronicznej, gdy tymczasem jej przeprowadzenie miało charakter obligatoryjny; a w konsekwencji powyższego
- 3)art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nakazujących prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności i przejrzystości.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania;
- 2)przeprowadzenia aukcji elektronicznej (poprzedzonej stosownym zaproszeniem) zgodnie z zasadami jej przeprowadzenia określonymi w Dziale XXI Specyfikacji Warunków Zamówienia, sporządzonej w ramach postępowania.

W opisie stanu faktycznego Odwołujący podał m.in., że Zamawiający, w treści SWZ, przewidział obligatoryjne przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Do oferty wykonawcy załączali opis oferowanych rozwiązań zgodnie z wymaganiami określonymi w PFU. W treści dokumentu złożonego przez wykonawcę Eko Technologia Sp. z o.o. zawarte zostały postanowienia, które świadczyły o niezgodności oferty tego wykonawcy z SWZ. Okoliczność ta została zakwestionowana przez Odwołującego w drodze odwołania z dnia 14 lipca 2023 roku, które zostało uwzględnione wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2023 roku, wydanym w sprawie o sygn. KIO 2041/23 („Wyrok”). Niezależnie od toczącego się postępowania odwoławczego Zamawiający przeprowadził 17 lipca 2023 roku aukcję elektroniczną przy udziale wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. W treści Wyroku Izba nakazała Zamawiającemu m. in. przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert. W dniu 25 sierpnia 2023 roku Zamawiający, stosując się do Wyroku, opublikował na swojej stronie internetowej informację o unieważnieniu: (i) aukcji elektronicznej nr A/DZ/3367/124 z dnia 17 lipca 2023 roku, (ii) czynności zaproszenia wykonawców do aukcji, (iii) wezwania wykonawców do potwierdzenia cen po przeprowadzeniu aukcji oraz wezwania wykonawcy Eko Technologia Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W ramach tej czynności Zamawiający uznał, że oferta złożona przez Eko Technologia Sp. z o.o. podlega odrzuceniu oraz, że w konsekwencji powyższych dokona ponownego badania i oceny ofert. Pismem z dnia 6 września 2023 roku Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp wskazując, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, jaką zamierza przeznaczyć on na sfinansowanie Zamówienia. Czynność ta w ocenie Odwołującego została jednak podjęta przez Zamawiającego z rażącym naruszeniem przepisów Pzp oraz treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”).

W uzasadnieniu zarzutów, Odwołujący podniósł w szczególności, że zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i doktrynie nie budzi wątpliwości, że przewidziany w art. 255 Pzp katalog podstaw unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia ma charakter zamknięty. Podkreśla się również, iż w przypadku podstaw unieważnienia postępowania nie jest możliwe stosowanie wykładni rozszerzającej. Uprawnienie zamawiającego w zakresie unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt 3 Pzp odnosi się wyłącznie do ceny najkorzystniejszej oferty, która musi istnieć w dniu podjęcia przez niego czynności unieważnienia. Odniesienie się przez niego do jakiegokolwiek innej ceny stanowiłoby bowiem stworzenie całkowicie nowej przesłanki unieważnienia, co nie może mieć miejsca. Warunkami skorzystania przez zamawiającego z dyspozycji wspomnianego przepisu są: (i) istnienie oferty z najkorzystniejszą ceną oraz (ii) brak możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, przy czym muszą

one w danym postępowaniu wystąpić łącznie. Żaden z przepisów Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, gdyż jest to wyłącznie jego uprawnienie. Żaden przepis jednak nie zwalnia zamawiającego z obowiązku ustalenia ceny najkorzystniejszej oferty. Szczególne zasady odnoszące się do wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ustalenia jej ostatecznej wartości zostały zawarte w art. 227-238 Pzp, które dotyczą przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Przeprowadzenie aukcji elektronicznej służy uzyskaniu nowych, obniżonych cen lub nowych wartości w zakresie niektórych elementów ofert, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Do udziału w aukcji mogą przy tym zostać zaproszeni wyłącznie wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Innymi słowy, w przypadku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z wykorzystaniem aukcji elektronicznej – ustalenie ceny oferty najkorzystniejszej może nastąpić jedynie po jej prawidłowym przeprowadzeniu, zgodnie z zasadami ustalonymi przez zamawiającego. Twierdzenie, że w postępowaniu, w którym przewidziano zastosowanie aukcji elektronicznej, ocena przesłanki unieważnienia z art. 255 pkt 3 Pzp może odbyć się przed przeprowadzeniem aukcji jest wypaczeniem regulacji ustawowych i stanowi wyraz całkowicie nieuzasadnionego działania zamawiającego. Unieważnienie postępowania w trybie art. 255 pkt 3 Pzp byłoby możliwie wyłącznie w sytuacji, gdyby zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną i po jej zakończeniu stwierdził, że cena najkorzystniejsza ustalona w wyniku jej przeprowadzenia przekracza budżet, jakim dysponuje na wykonanie zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że z postanowień SWZ wynika, że jedynym warunkiem, od którego Zamawiający uzależnił przeprowadzenie aukcji elektronicznej jest ustalenie, że złożone zostaną co najmniej 2 oferty niepodlegającej odrzuceniu (pkt 21.1 SWZ). Wymóg ten został spełniony, co potwierdza sam Zamawiający w piśmie o unieważnieniu postępowania, gdzie na str. 2 wymienia Odwołującego oraz ERBUD S.A. jako wykonawców, których oferty podlegały badaniu i ocenie. Zatem nie istnieją jakiegokolwiek podstawy do odstąpienia od przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a wszelkie próby w tym zakresie uznać należy jako wyraz niedopuszczalnej modyfikacji treści SWZ po złożeniu ofert. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podnosi się, że *„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 takim przypadku mamy do czynienia z czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia podejmowaną przez Zamawiającego, w stosunku do której przysługują środki ochrony prawnej. W przypadku dokonania przez Zamawiającego tej czynności z naruszeniem przepisów prawa, podlegać ona będzie unieważnieniu lub powtórzeniu”* (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2019 roku, sygn. KIO 2700/18; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 grudnia 2019 roku, sygn. KIO 2552/19). Po dokonaniu przez Zamawiającego czynności wskazanych w piśmie z dnia 25 sierpnia 2023 roku w postępowaniu pozostało dwóch wykonawców (w tym Odwołujący), których oferty nie podlegały odrzuceniu. Oznacza to, że zarówno na gruncie przepisów Pzp jak i postanowień SWZ nie ma żadnych przeciwwskazań formalno-prawnych do ponownego przeprowadzenia aukcji.

Powołując się na przytoczone orzeczenia KIO Odwołujący stwierdził, że w przypadku postępowań, w których zamawiający przewidują przeprowadzenie aukcji elektronicznej, złożonym pierwotnym ofertom nie sposób przypisać waloru ostateczności. Jest dokładnie odwrotnie – wykonawcy w tego rodzaju przypadkach składają oferty ze świadomością, iż w toku aukcji będą mogli dostosować cenę ofertową do poziomu przez siebie akceptowanego (odpowiadającego przedmiotowi zamówienia). Innymi słowy – bez przeprowadzenia aukcji nie sposób mówić o realności cen ofertowych. Powyższe potwierdza, że przeprowadzenie aukcji w ramach postępowania jest warunkiem sine qua non ustalenia ceny oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający niesłusznie dopatruje się prawidłowości swojego działania w treści Wyroku. Po pierwsze, Odwołujący traktuje zachowanie Zamawiającego jako swoisty fortel, próbę wykorzystania sentencji orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w celu bezprawnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający niejako „przerzuca” na Izbę odpowiedzialność za rzekomą konieczność unieważnienia postępowania, pomijając, że Izba w treści Wyroku w żaden sposób nie daje podstaw do przyjęcia, że dalsze czynności w postępowaniu mogą pomijać obowiązkową aukcję elektroniczną. Po drugie, jest dokładnie odwrotnie. Izba nakazała bowiem Zamawiającemu przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert. Jak sam Zamawiający napisał w SWZ (pkt 21.1 SWZ) po dokonaniu oceny ofert przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna. Zatem słusznie Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. To bowiem w ramach tej czynności Zamawiający powinien wykonać zasadniczą czynność, która podlegała badaniu w sprawie KIO 2041/23, tj. odrzucić ofertę jednego z wykonawców. Oczywiście natomiast było i jest, że w dalszej kolejności niezbędne jest przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

Następnie Odwołujący odniósł się do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w sporządzonej przez niego

odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. KIO 2041/2023 i zawartej w treści pisma o unieważnieniu postępowania z dnia 6 września 2023 roku, oraz stwierdził, że zaniechanie przez Zamawiającego powtórzenia czynności przeprowadzenia aukcji sprawia, że żaden ze wskazanych w nich przez Zamawiającego celów nie może zostać osiągnięty. Jeżeli zamówienie jest niezwykle istotne dla bezpieczeństwa energetycznego aglomeracji Miasta Białegostoku, to unieważnienie postępowania sprawia, że realizacja tego celu oddala się o kolejne kilka (naście) miesięcy. Po wtóre, w związku z koniecznością rozpisania nowego postępowania o udzielenie Zamówienia Zamawiający będzie musiał ponownie oszacować jego wartość (po cenach aktualnych, wyższych niż pół roku temu), w konsekwencji zaś może uzyskać mniej korzystne oferty niż ma to miejsce obecnie. Takie zaniechanie wpłynie znacząco na ukształtowanie cen i stawek opłat ujętych w taryfie w sposób niekorzystny dla mieszkańców aglomeracji, pogorszy ich sytuację energetyczną, jak również może skutkować nałożeniem na Zamawiającego wysokich kar finansowych z tytułu niespełnienia rygorystycznych norm środowiskowych.

Do odwołania został załączony protokół z przeprowadzenia aukcji elektronicznej przeprowadzonej przez Zamawiającego w dniu 17 lipca 2023 roku (w zakresie dotyczącym Odwołującego).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego, ewentualnie w przypadku uwzględnienia odwołania - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w całości.

Zamawiający stwierdził m.in., że podjęte przez niego czynności i decyzje były dokonane prawidłowo w granicach obowiązujących przepisów Pzp. Wykonał w całości wyrok KIO z dnia 28 lipca 2023 r., sygn. akt KIO 2041/23, zgodnie z jego sentencją, podejmując wszelkie czynności wymienione literalnie w treści orzeczenia, w sposób tam określony, a w efekcie odrzucił najkorzystniejszą cenowo, lecz wg KIO niezgodną z warunkami postępowania, ofertę Eco Technologia sp. z o. o. i dokonał ponownego badania i oceny ofert. W następstwie dokonanych czynności Zamawiający ustalił, że oferty złożone w postępowaniu przekraczają środki jakie zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówienia, a biorąc pod uwagę, że nie był zobowiązany do ich zwiększenia, unieważnił na tej podstawie całe postępowanie. Orzeczenie KIO wydane w związku z poprzednim odwołaniem zawierało wiążące wytyczne w zakresie konkretnych czynności, natomiast powtórzona czynność badania i oceny ofert miała charakter całkowicie niezależny od zapadłego rozstrzygnięcia i w tym zakresie Zamawiający był uprawniony do działania w sposób niezależny. Po odrzuceniu oferty Eco Technologia sp. z o.o., pozostałe oferty na dzień ich badania i oceny przekraczały wartość jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówienia. Aukcja elektroniczna, ze swej natury nie daje gwarancji uzyskania niższych cen ofertowych, ponieważ zaproszeni do udziału Wykonawcy nie mają obowiązku dokonywania postąpień, a przede wszystkim kierują się swoim własnym interesem ekonomicznym. Unieważniona aukcja czyni prawdopodobną tezę, że celem Odwołującego było storpedowanie aukcji. W przypadku ponowienia aukcji, przy wielce prawdopodobnym analogicznym zachowaniu Odwołującego, Zamawiający pozostałby z jedną znacznie wyższą ofertą. W obliczu działań Wykonawcy wykorzystującego potencjał i drobne nieścisłości w ofercie konkurenta, w celu uzyskania za ten sam zakres zamówienia o wiele wyższej ceny, Zamawiający działając w interesie publicznym, był zobligowany do podjęcia działań zmierzających do unieważnienia postępowania. Na moment podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, oferty jakimi dysponował Zamawiający przekraczały kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na wykonanie Zamówienia. To Zamawiający – w myśl przepisów Pzp – jest właściwy do podjęcia decyzji o ewentualnym przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i Pzp nie narzuca w tym zakresie sztywnych ram działania. Zamawiający, po unieważnieniu postępowania zamierzał niezwłocznie przystąpić do organizacji nowego postępowania, być może ze zmodyfikowanym i ograniczonym zakresem zamówienia, umożliwiającym przynajmniej częściowe, terminowe, dostosowanie instalacji do wymogów środowiskowych.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wniósł, aby w przypadku uwzględnienia odwołania, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie postępowania z uwagi na to, że postępowanie w sposób znaczny przekroczyło zakładane przez Zamawiającego terminy, które przewidywały zawarcie Umowy i rozpoczęcie prac na przełomie lipca/sierpnia 2023 r. Nakazanie przez KIO powtórzenia aukcji dodatkowo przedłuży procedurę wyboru Wykonawcy, gdyż wybór poprzedzony będzie wezwaniem wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, co przekracza założone przez Zamawiającego terminy realizacji przedsięwzięcia. Ewentualne zawarcie Umowy w kształcie zaproponowanym w SWZ, już na wstępie obarczone jest ryzykiem niemożliwości zrealizowania zamówienia w całości, uzyskania celów środowiskowych, w pierwotnie zakładanym terminie. W tej sytuacji w interesie publicznym leży unieważnienie postępowania, co umożliwi Zamawiającemu skierowanie sił i środków na poszukiwanie rozwiązania zastępczego w miejsce pierwotnie zakładanego.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał w szczególności, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z postanowieniami SWZ oraz przepisami Pzp, tj. zaprosił wykonawców ubiegających się o zamówienie do udziału w aukcji elektronicznej, to Odwołujący mógłby złożyć ofertę, która mieściłaby się w budżecie Zamawiającego oraz byłaby ofertą najkorzystniejszą.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

#### **Następnie Izba ustaliła:**

W informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający podał:

##### *Uzasadnienie faktyczne:*

*W wyniku postępowania przed KIO, z odwołania Wykonawcy UNIBEP SA w Bielsku Podlaskim, toczącym się po sygnaturę KIO 2041/23, Zamawiający został zobowiązany do unieważnienia aukcji elektronicznej nr AIDZ/3367/124 z dnia 17.07.2023r., a także czynności zaproszenia za pomocą Platformy Zakupowej LOGINTRADE Wykonawców, do aukcji elektronicznej nr AIDZ/3367/124 zaplanowanej na dzień 17.07.2023r. KIO nakazała również Zamawiającego odrzucenie oferty Eco Technologia sp. z o. o. z/s w Jędrzejowie, jako niespełniającej warunków zamówienia oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.*

*Zamawiający zrealizował wyrok KIO i powiadomił o tym Wykonawców pismem z dnia 25 sierpnia 2023 r.*

*Po uwzględnieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności wymienionych w w/w piśmie Zamawiającego, dokonano odrzucenia oferty Eco Technologia sp. z o. o., na podstawie art. 226 ust 1 punkt 5) Ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. „Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli: (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (...) a do dalszego badania i oceny ofert przyjęto następujące oferty:*

Nr Ofert	Nazwa i adres Wykonawcy	Cena brutto PLN	Okres gwarancji
1	ERBUD Spółka Akcyjna ul. Franciszka Klimczaka 1 02 - 797 Warszawa	163 245 600,00	60 miesięcy
2	Unibep SA ul. 3 Maja 19 17 -100 Bielsk Podlaski	110 501 350,54	60 miesięcy

*Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamyka się w wysokości 107 215 000 41 zł brutto*

*W przedmiotowej sytuacji, cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty ponieważ nie zaplanował dodatkowych środków na finansowanie przedmiotowej inwestycji. W związku z powyższym należało podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania, na podstawie przesłanki określonej w art. 255 pkt. 3) Ustawy*

##### *Uzasadnienie prawne:*

*Zgodnie z Art. 255 pkt 3) Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 3) cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty;*

*Jedyną ofertą mieszczącą się w określonej przez Zamawiającego maksymalnej kwocie zamówienia wynikającej z planów budżetowych Spółki oraz Planu Inwestycji i Remontów była oferta Eco Technologia sp. z o. o. z siedzibą w Jędrzejowie. Mimo podnoszonej przez Zamawiającego argumentacji, wyrokiem KIO z dnia 28 lipca 2023 r., w sprawie KIO 2041/23 Izba uznała tę ofertę za niezgodną z warunkami zamówienia, a co za tym idzie nakazała jej odrzucenie. Po wykonaniu zobowiązania Zamawiający dysponuje wyłącznie ofertami Wykonawców UNBEP SA z siedzibą w Bielsku Podlaskim oraz ERBUD SA z siedzibą w Warszawie. Obie oferty przekraczają kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia i o której powiadomił Wykonawców przed otwarciem ofert.*

*Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą jak np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2726/10 (teza aktualna) „Należy zwrócić uwagę, iż to Zamawiający ocenia, czy jest w stanie przeznaczyć na realizację*

zamówienia kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert i to do niego należy ocena, czy dokonanie ewentualnych przeniesień wydatków jest możliwe lub celowe". Nie ulega wątpliwości, że przepisy prawa nie obligują Zamawiającego do zwiększenia kwoty jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a w okolicznościach niniejszej sprawy nie ma, w chwili obecnej, takiej możliwości.

Należy dodatkowo podkreślić, że biorąc pod uwagę specyfikę funkcjonowania Zamawiającego takie działanie byłoby również sprzeczne z ważnym interesem publicznym. Zwiększanie kosztów inwestycji w infrastrukturę ciepłowniczą jest niekorzystne z punktu widzenia ceny ciepła dla odbiorców końcowych, ponieważ w efekcie stanowi koszt taryfowy i odbija się na ostatecznej cenie sprzedaży. Z tego punktu widzenia, Zamawiający musi również - mając na celu ogólne zasady gospodarności, przepisy ustawy prawo energetyczne, które wprowadza do obiegu prawnego pojęcie kosztów uzasadnionych, jak również przez fakt, że wykonuje zadania publiczne mieć na uwadze te kwestie i realizować inwestycje możliwie najniższym kosztem.

Mając na względzie powyższe, po dokonaniu oceny merytorycznej ofert Zamawiający powziął przeświadczenie, że przekraczając możliwości finansowe i unieważnienie niniejszego postępowania okazało się konieczne.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie zauważenia wymaga, że w przypadku unieważnienia postępowania przez zamawiającego i wniesienia odwołania na tę czynność, Izba orzeka w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, z uwzględnieniem uzasadnienia przedstawionego przez zamawiającego w informacji o dokonanej przez niego czynności.

Stosownie do art. 255 pkt 3 Pzp *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 3) cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.*

Z przepisu tego wynika w sposób jednoznaczny, że postępowanie podlega unieważnieniu, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, a wyjątek dotyczy sytuacji, gdy zamawiający może odpowiednio zwiększyć tę kwotę. Oznacza to, że czynność unieważnienia może zostać podjęta dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, a zatem musi dojść do wyboru takiej oferty lub bez przeprowadzania takiego wyboru w sytuacji, gdy wszystkie złożone oferty zawierają ceny lub koszty przekraczające kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. W tym drugim przypadku chodzi bowiem o uniknięcie konieczności badania i oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, gdy od początku jest wiadomym, że cena żadnej z ofert oferty nie zmieści się w budżecie zamawiającego a zamawiający go nie zmieni. Chodzi o racjonalność działania zamawiającego.

W okolicznościach analizowanej sprawy nie zachodzi druga z ww. alternatywnych przesłanek unieważnienia postępowania. Po pierwsze, nie wszystkie oferty złożone w postępowaniu zawierały ceny przekraczające budżet Zamawiającego przeznaczony na ten cel. Okoliczność, iż oferta z najniższą ceną, która jako jedyna mieściła się w tym budżecie, została odrzucona przez Zamawiającego tego nie zmienia. Po drugie, w postępowaniu została przewidziana aukcja elektroniczna, która służy zwiększeniu konkurencyjności złożonych w postępowaniu ofert, umożliwia bowiem uzyskanie niższych cen ofert. W sytuacji, gdy w postępowaniu została przewidziana aukcja elektroniczna, nie można wykluczyć, że wykonawcy składali pierwotne oferty z ceną określoną na takim poziomie, który bez ryzyka straty na zamówieniu, pozwala im na dokonywanie postępień w toku aukcji. To czy cel aukcji zostanie osiągnięty może być wiadome dopiero po jej przeprowadzeniu.

W związku z tym w analizowanym postępowaniu do unieważnienia postępowania na ww. podstawie mogłoby dojść dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Stosownie do art. 227 ust. 1 Pzp: *W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.*

Ogłoszenie o zamówieniu w sekcji IV dotyczącej procedury: *Informacje na temat aukcji elektronicznej (IV.1.6)* wskazuje: *Wykorzystana będzie aukcja elektroniczna (...)*

*21.1. Po dokonaniu oceny Ofert, w celu wyboru Najkorzystniejszej Oferty zostanie przeprowadzona aukcja elektroniczna, jeżeli złożone będą co najmniej 2 Oferty niepodlegające odrzuceniu (art. 227 ust. 1 Ustawy)*

*21.1.1. Aukcja elektroniczna przeprowadzona zostanie zgodnie z warunkami określonymi w Załączniku Nr 9 do Części 1 SWZ na Platformie Zakupowej LOGINTRADE.*

W sytuacji zatem, gdy Zamawiający w treści ogłoszenia przewidział włączenie aukcji w proces wyboru najkorzystniejszej oferty, jest on zobowiązany do jej przeprowadzenia. Ewentualna rezygnacja z przeprowadzenia aukcji wymaga bowiem zmiany ogłoszenia o zamówieniu, a to może nastąpić jedynie przed upływem terminu składania ofert. Po tym terminie rezygnacja z przeprowadzenia aukcji nie jest możliwa. Z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego wynika, że Zamawiający nie wprowadził zmian w ogłoszeniu w odniesieniu do aukcji elektronicznej. Oznacza to, że wybór najkorzystniejszej oferty może nastąpić dopiero po przeprowadzeniu aukcji. W myśl bowiem art. 238 Pzp *Zamawiający po zamknięciu aukcji elektronicznej dokonuje oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej.* Ostatecznie zatem podstawę wyboru najkorzystniejszej oferty stanowi wynik aukcji wraz z oceną oferty w kryteriach niepodlegających aukcji.

Stosownie do art. 134 ust. 2 pkt 12 Pzp *w przypadku przewidzenia aukcji w ramach postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego SWZ powinna zawierać informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej wraz z informacjami, o których mowa w, jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną.*

Art. 230 Pzp zawiera katalog minimalnych treści dokumentów zamówienia koniecznych do wprowadzenia w przypadku podjęcia przez zamawiającego decyzji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

Obowiązująca w analizowanym postępowaniu SWZ w pkt 2.5. zawiera jednoznaczne postanowienie, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli zostaną złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Ponadto w rozdziale XXI SWZ w pkt 21 *Aukcja elektroniczna* zostało wskazane:

*21.1. Po dokonaniu oceny Ofert, w celu wyboru Najkorzystniejszej Oferty zostanie przeprowadzona aukcja elektroniczna, jeżeli złożone będą co najmniej 2 Oferty niepodlegające odrzuceniu (art. 227 ust. 1 Ustawy).*

*21.1.1. Aukcja elektroniczna przeprowadzona zostanie zgodnie z warunkami określonymi w Załączniku Nr 9 do Części 1 SWZ na Platformie Zakupowej LOGINTRADE,*

*21.1.2. Aukcja elektroniczna jest jednoetapowa.*

*21.1.3. Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (art.232 ust. 1 Ustawy). Za dzień przekazania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej uważa się dzień wysłania zaproszenia z komputera Zamawiającego.*

*21.1.4. W zaproszeniu do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej Zamawiający poinformuje Wykonawców min. o:*

*21.1.4.1. wyniku badania i oceny ofert danego wykonawcy;*

*21.1.4.2. minimalnych wartościach postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej;*

*21.1.4.3. terminie otwarcia aukcji elektronicznej,*

*21.1.4.4. terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej;*

*21.1.4.5. sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej;*

*21.1.4.6. formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości;*

*21.1.5. Termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia, o którym mowa w art. 232 ust. 1 Ustawy (art. 232 ust. 4 Ustawy).*

*21.1.6. Aukcja elektroniczna m02e rozpocząć się dopiero po dokonaniu oceny ofert złożonych w postępowaniu w zakresie ich zgodności z treścią SWZ oraz oceny punktowej dokonanej na podstawie kryteriów oceny ofert.*

*21.1.7. W wyznaczonym terminie następuje otwarcie aukcji elektronicznej. Ofertami początkowymi są oferty złożone w postępowaniu przed wszczęciem aukcji elektronicznej.*

*21.1.8. W toku aukcji elektronicznej Wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej: <https://enea-cieplo-pzp.lęgintrade.net/reiestrucWustauwe.html> umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej*

ocenie i klasyfikacji (art. 234 ust. 1 Ustawy).

21.1.9. Postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone Kwalifikowanym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, o którym mowa w ustawie z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2021 r. poz. 1797) oraz w zgodzie z Rozporządzeniem eIDAS. Minimalna wartość postąpienia w zakresie ceny ofertowej będzie wynosić 20 000,00 zł brutto, zaś w zakresie okresu gwarancji - minimalne postąpienie będzie wynosić 1 miesiąc.

21.1.10. Wykonawca biorący udział w aukcji elektronicznej zobowiązany jest we własnym zakresie uzyskać Kwalifikowany podpis elektroniczny.

21.1.11. W toku aukcji elektronicznej stosowana będzie: - Cena ofertowa Brutto, - okres gwarancji.

21.1.12. Momentem decydującym dla uznania, że oferta Wykonawcy została złożona w terminie, nie jest moment wysłania postąpienia z komputera Wykonawcy, ale moment jego odbioru na serwerze i zarejestrowania przez System LOGINTRADE.

21.1.13. W toku aukcji elektronicznej Zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu Wykonawcy informacje umożliwiające mu ustalenie pozycji jego oferty w klasyfikacji ofert, w szczególności informacje o uzyskanej punktacji oraz o punktacji oferty, która uzyskała najwyższą liczbę punktów.

21.1.14. Oferta Wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej.

W sytuacji określonej w zdaniu powyżej bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu.

21.1.15. W przypadku gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny dzień roboczy przypadający po usunięciu awarii, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu (art. 236 Ustawy).

21.1.16. Zamawiający zamyka aukcję elektroniczną jeżeli w ustalonym terminie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia (art. 237 pkt 2 Ustawy).

21.1.17. Po zamknięciu aukcji elektronicznej Wykonawcy muszą ponownie złożyć Formularz Ofertowy, stanowiący Załącznik Nr 1 do Części 1 SWZ, z nową ceną i okresem gwarancji uwzględniającą cenę okres gwarancji zaoferowany w trakcie aukcji elektronicznej, zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 9 Części 1 SWZ — Warunki prowadzenia aukcji elektronicznej. Wykonawcy składają formularz w terminie do 2 dni roboczych od dnia, w którym zamknięto aukcję elektroniczną. Złożone formularze zostaną załączone do umów zawartych z Wykonawcami, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze.

21.1.18. Jeżeli spełnione były przesłanki przeprowadzenia aukcji elektronicznej z art. 227 ust. 1 Ustawy, a żaden z Wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu, nie wziął udziału w aukcji elektronicznej, to postanowien pkt 21.1.17. SWZ nie stosuje się. W tej sytuacji Zamawiający przeprowadzi postępowanie i wybierze Wykonawcę na podstawie ofert złożonych w terminie określonym w pkt 18.1. SWZ.

Załącznik nr 9 przewiduje Warunki prowadzenia aukcji elektronicznej, gdzie Zamawiający wskazał:

1. Zamawiający w celu wyboru najkorzystniejszej Oferty przewiduje przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

2. Aukcja elektroniczna zostanie przeprowadzona zgodnie z art. 227, 232, 233, 236 i 237 Ustawy Prawo zamówień publicznych na Platformie zakupowej firmy LOGINTRADE <https://enea-cieplo-pzp.logintrade.net/rejestracja/ustawowe.html>

(...)

4. Kryterium oceny ofert są:

4.1. cena – 80% - 80 pkt

4.2. okres gwarancji – 20% - 20 pkt

5. Parametrami zmiennymi w aukcji elektronicznej będzie Cena Ofertowa Brutto oraz Okres gwarancji. W przypadku, gdy wszyscy Wykonawcy którzy złożą oferty udzielą okresu gwarancji na max. okres 96 miesięcy, wówczas parametrami zmiennymi w aukcji elektronicznej będzie wyłącznie Cena Ofertowa Brutto.

6. Zamawiający zaprosi do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu.

W zaproszeniu Zamawiający informuje wykonawcę o:

- 1)wyniku badania i oceny oferty tego wykonawcy;
- 2)minimalnych wartościach 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;

7.Za najkorzystniejszą Zamawiający uzna ofertę z najwyższą punktacją.

8.W przypadku, gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny dzień roboczy przypadający po usunięciu awarii, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu.

(...)

13. Zamawiający po przeprowadzonej aukcji, w przypadku postąpienia ceny / okresu gwarancji, będzie wymagał od Wykonawcy potwierdzenia ceny / okresu gwarancji poprzez złożenie Formularza ofertowego.

(...)

Zgodnie z art. 16 Pzp:Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W świetle przyjętych przez Zamawiającego zasad prowadzenia postępowania, którymi zarówno Zamawiający jak też wykonawcy są związani, w sytuacji, gdy nie ma sporu co do tego, że pozostały w postępowaniu dwie niepodlegające odrzuceniu oferty, jest on zobowiązany przeprowadzić aukcję elektroniczną i dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem jej wyników. Dopiero bowiem po przeprowadzeniu aukcji będzie możliwe pozyskanie ostatecznych cen ofert oraz ustalenie czy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia.

Z tych względów należy uznać, iż unieważnienie postępowania przez Zamawiającego nastąpiło z naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenie przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....