

WYROK
z dnia 17 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę

ul. 12/16, Poznań „ELEKTROMONTAŻ-POZNAŃ” S.A, Wieruszowska

60-166

w postępowaniu prowadzonym przez **12 Terenowy Oddział Lotniskowy w Warszawie, ul. Nowowiejska 28A, 00-911 Warszawa**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonania ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty konsorcjum: Zeus S.A i Elektrotim S.A
2. kosztami postępowania obciąża **12 Terenowy Oddział Lotniskowy w Warszawie, ul. Nowowiejska 28A, 00-911 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez „**ELEKTROMONTAŻ-POZNAŃ” S.A, ul. Wieruszowska 12/16, 60-166 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od **12 Terenowego Oddziału Lotniskowego w Warszawie, ul. Nowowiejska 28A, 00-911 Warszawa** na rzecz **ELEKTROMONTAŻ-POZNAŃ” S.A, ul. Wieruszowska 12/16, 60-166 Poznań** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający - 12 Terenowy Oddział Lotniskowy w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie przebudowy zasilania kompleksu wojskowego wraz z budową energetycznych sieci wewnętrznych SN oraz przyłączy do obiektów zlokalizowanych i projektowanych na terenie kompleksu wojskowego w ramach zadania „*Budowa dwukierunkowego zasilania energetycznego kompleksu wojskowego w Legionowie*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21.06.2016r. pod poz. 2016/S 118-209596. W dniu 13 kwietnia 2017r. Odwołujący - Elektromontaż - Poznań S.A. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności Zamawiającego z dnia 3.04.2017r. polegające na dokonaniu ponownego badania i oceny ofert oraz wyborze oferty nr 1 złożonej przez konsorcjum ZEUS S.A. oraz Elektrotim S.A. jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie

- odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP i art. 90 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę;
 3. art. 90 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum firm ZEUS S.A. i ELEKTROTIM S.A. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
 4. ewentualnie - naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3) PZP poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, tj. konsorcjum firm ZEUS S.A. i ELEKTROTIM S.A. z powodu, iż Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
 5. art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 PZP poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.
- Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty konsorcjum firm ZEUS S.A. i ELEKTROTIM S.A.;
 2. odrzucenia oferty konsorcjum firm: ZEUS S.A. i ELEKTROTIM S.A.
- ewentualnie:
3. wykluczenia konsorcjum firm: ZEUS S.A. i ELEKTROTIM S.A. z postępowania;
 4. dokonania ponownej oceny ofert;
 5. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postaci oferty Odwołującego, tj. „ELEKTROMONTAŻ - POZNAŃ” Spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopuścił się czynności i zaniechań będących przedmiotem odwołania przy dokonywaniu badania i oceny ofert, które to czynności nastąpiły w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 20.01.2017r w sprawie o Sygn. akt 142/17, które to spowodowało umorzenie postępowania z uwagi na bezprzedmiotowość w trybie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, przy czym Zamawiający ograniczył się wyłącznie do dokonania ponownej oceny i badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, całkowicie pomijając wcześniejsze żądania Odwołującego m.in. w zakresie odrzucenia oferty konsorcjum firm: ZEUS S.A. (lider konsorcjum) i ELEKTROTIM S.A. (uczestnik konsorcjum), ewentualnie wykluczenia konsorcjum firm z udziału w postępowaniu. Zamawiający więc jednocześnie dopuścił się rażącego naruszenia art. 186 ust. 3 PZP.

Odwołujący wskazując na interes we wniesieniu odwołania, możliwości poniesienia szkody oraz zachowanie terminu do jego wniesienia, podniósł, że oferta konsorcjum Zeus i Elektrotim nie zawiera wyceny całości robót koniecznych do należytego i właściwego wykonania przedmiotu zamówienia, a tym samym jest niezgodna z SIWZ, wpływa na wadliwą ocenę złożonych ofert oraz naraża Zamawiającego na konieczność poniesienia dodatkowych kosztów na etapie realizacji inwestycji. Po analizie poszczególnych pozycji Tabeli Elementów Scalonych w ofercie konsorcjum Zeus i Elektrotim, Odwołujący podniósł następujące zastrzeżenia:

1. Pozycja 7.2 TES:

Dostawa i montaż stacji transformatorowych kompletnych - konsorcjum wyceniło prace na 922 013,04 zł, podczas gdy sama wartość wyłącznie podstawowych materiałów, tj. stacji transformatorowej COPR1 i szynoprzewodu, zgodnie z ofertami uzyskanymi od bezpośrednich dostawców wynosi 1.434.200,06 zł;

2. Pozycja 8.2 TES:

Dostawa i montaż stacji transformatorowych kompletnych - konsorcjum wyceniło prace na 922 013,04 zł, podczas gdy sama wartość wyłącznie podstawowych materiałów, tj. stacji transformatorowej COPR1 i szynoprzewodu, zgodnie z ofertą uzyskanymi od bezpośrednich dostawców wynosi 1.387.287,88 zł;

3. Pozycja 15.3 TES:

Dostawa i montaż agregatów prądotwórczych kompletnych - konsorcjum wyceniło prace na 100 130,53 zł podczas gdy wartość wyłącznie podstawowych materiałów, tj. szynoprzewodu do agregatu nr 1 i szynoprzewodu do agregatu nr 2, zgodnie z ofertą uzyskaną od

4. Pozycja 16.3 TES:

Dostawa i montaż agregatów prądotwórczych kompletnych - konsorcjum wyceniło prace na 100 130,53 zł, podczas gdy wartość wyłącznie podstawowych materiałów, tj. szynoprzewodu do agregatu nr 1 i szynoprzewodu do agregatu nr 2, zgodnie z ofertą uzyskaną od bezpośrednich dostawców wynosi 148.408,08 zł;

5. Pozycja 17.2 TES:

Układanie kabli i osprzętu - konsorcjum wyceniło prace na 165.497,29 zł, podczas gdy wartość wyłącznie podstawowych materiałów, tj. kabla XRUHAKXS 1x250/50 5038 m, głowic kablowych 17 kpi. oraz złączy kablowych SN, zgodnie z ofertami uzyskanymi od bezpośrednich dostawców wynosi 376.093,17 zł;

6. Pozycja 18.2 TES:

Układanie kabli i osprzętu - konsorcjum wyceniło prace na 171.407,17 zł, podczas gdy wartość wyłącznie podstawowych materiałów, tj. kabla XRUHAKXS 1x250/50 3027 m, głowic kablowych 16 kpi. oraz złączy kablowych SN, zgodnie z ofertami uzyskanymi od bezpośrednich dostawców wynosi 300.935,30 zł.

Wskazane powyżej istotne pomiędzy wybraną przez Zamawiającego ofertą, a ofertą złożoną przez Odwołującego wskazują na to, iż sporządzona przez konsorcjum firm ZEUS S.A. i ELEKTROTIM S.A. była zaniżona i nierzetelna, jako że w ocenie Odwołującego nie zawierała wyceny całości robót koniecznych, określonych zgodnie z SIWZ.

W toku postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 142/17 wyszło na jaw, iż oferta Konsorcjum nie była zgodna z wymogami przewidzianymi w SIWZ z uwagi na niedopuszczalne odstępstwo od rozwiązań przyjętych w dokumentacji technicznej m.in. poprzez brak ujęcia (zastosowania) wymaganych przez Zamawiającego szyno przewodów. W dokumentacji projektowej przedmiotu zamówienia wyraźnie wskazano, iż intencją Zamawiającego jest zastosowanie szynoprzewodów, co w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości potwierdziło Konsorcjum w swym piśmie z dnia 07.02.2017 r. (użycie sformułowania „brakuje w niej określenia typu szynoprzewodów” wskazuje na fakt, iż Konsorcjum znana była wola Zamawiającego odnośnie zastosowanie ww. rozwiązania jako takiego). W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania materiałów i urządzeń (agregaty prądotwórcze, stacje transformatorowe kontenerowe, rozdzielnice SN i nn, transformatory, złącza kablone SN, szynoprzewody, kable SN i nn) innych producentów niż zaproponowanych w dokumentacji technicznej, lecz o równoważnych parametrach technicznych, pod warunkiem wykazania w ofercie lub najpóźniej przed podpisaniem umowy, że proponowane urządzenia i elementy spełniają warunki równoważne. Jako dowód Odwołujący wskazał odpowiedź na pyt 14 z dnia 1.12.2016r. powoływana przez konsorcjum w piśmie z dnia 7.02.2017r.

Odwołujący podniósł, że skoro Zamawiający przewidział określone rodzajowo rozwiązanie techniczne, mające na celu uzyskanie określonego efektu oraz w sposób jednoznaczny i wyraźny dopuścił możliwość zastosowania określonych rodzajowo materiałów i urządzeń jedynie innych producentów niż zaproponowanych w dokumentacji technicznej, to znaczy, iż wola Zamawiającego nie było dopuszczenie możliwości całkowitej zmiany rozwiązania technicznego z szynoprzewodów na kable, co zawierała oferta konsorcjum firm ZEUS S.A. i ELEKTROTIM S.A. Na Zamawiającym ciąży obowiązek sprawdzenia czy oferowany jest kompletny przedmiot zamówienia, tzn. czy nie pominięto w nim pewnych części. Skoro konsorcjum pominęło w ofercie m.in. przewidziane w projekcie szynoprzewody, to nie ulega wątpliwości, że zaoferowało niekompletny przedmiot zamówienia, co nie odpowiada SIWZ i winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnośnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz zaniechanie wykonania obowiązku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że w przypadku uznania przez

Izbę, iż złożona przez konsorcjum firm ZEUS S.A. i ELEKTROTIM S.A. oferta była zgodna z SIWZ oraz obejmowała całość prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia (czemu Odwołujący z całą stanowczością przeczy), należy stwierdzić, iż cena oferty Konsorcjum jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i winna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Okoliczność ta winna rodzić po stronie Zamawiającego obowiązek zwrócenia się do konsorcjum firm ZEUS S.A. i ELEKTROTIM S.A. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 PZP. Zamawiający niewątpliwie nie zadośćuczynił ww. obowiązkowi, gdyż nie podjął jakichkolwiek działań mających na celu uzyskanie wyjaśnień co do znacznej rozbieżności cenowej pomiędzy wybraną ofertą, a pozostałymi złożonymi w postępowaniu ofertami. Podkreślenia wymaga fakt, iż w świetle treści art. 90 ust. 1 PZP (w brzmieniu sprzed 28.07.2016 r.) na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia winna wskazywać w szczególności okoliczność, gdy cena ta jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu do upływu terminu składania ofert wpłynęło łącznie 5 ofert, tj.

1. oferta na kwotę 8.716.016,72 zł netto złożona przez konsorcjum ZEUS S.A. i ELEKTROTIM SA;

6

-
2. oferta na kwotę 13.090.702,14 zł netto złożona przez Odwołującego;
 3. oferta na kwotę 13.263.474,68 zł netto złożona przez T4B Sp. z o.o.,
 4. oferta na kwotę 13.381.530,26 zł netto złożona przez Skanska S.A.;
 5. oferta na kwotę 13.799.672,26 zł netto złożona przez Qumak S.A.

Oferta konsorcjum była niższa o 29,99% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zaś od drugiej w kolejności oferty tj. oferty Odwołującego była niższa o 33,42 % a od ostatniej Qumak S.A. o 36,84%.

Analiza złożonych w postępowaniu ofert bezspornie świadczy o tym, iż wybrana przez Zamawiającego oferta rażąco odbiega co do ceny w stosunku do pozostałych ofert. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi bowiem 12.450.279,21 zł netto, a tym samym cena oferty złożonej przez konsorcjum firm ZEUS S.A. i ELEKTROTIM S.A. winna nasuwać Zamawiającemu uzasadnione wątpliwości co do jej rażącej niskości.

Odwołujący zwrócił także uwagę na fakt, iż pozostałe złożone w toku postępowania oferty nie odbiegały od siebie znacząco, tak więc należy uznać, iż jako sporządzone przez profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego były sporządzone w sposób rzetelny, rynkowy i w pełni zgodny z SIWZ oraz dający Zamawiającemu rękojmię, iż przedmiot zamówienia zostanie wykonany w sposób należyty i kompletny.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie zaniechał badania ceny w wybranej przez siebie ofercie, ponieważ zmuszony byłby ją uznać za podlegającą odrzuceniu. Wykonanie zamówienia po cenie zaoferowanej przez konsorcjum firm ZEUS S.A. i ELEKTROTIM S.A. nie jest bowiem możliwe dla potencjalnego Wykonawcy bez poniesienia straty. Oznacza to równocześnie naruszenie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zwrócił także uwagę na fakt, iż w świetle dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w toku oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu Odwołujący uzyskał największą liczbę punktów w kryterium wiedzy i doświadczenia (5 pkt.), podczas gdy Konsorcjum uzyskało jedynie 1 pkt wg omawianego kryterium. Powyższe oznacza, iż Zamawiający powinien z dużą dozą ostrożności podchodzić do zapewnienia Konsorcjum odnośnie rzetelności sporządzonej oferty (kompletność, rażąca niskość ceny) oraz rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, tj. konsorcjum firm ZEUS S.A. i ELEKTROTIM S.A. z powodu, iż Wykonawca ten złożył

postępowania, Odwołujący podniósł, z daleko idącej ostrożności procesowej, iż w przypadku uznania przez Izbę, iż zaoferowana przez Konsorcjum niska cena wynika jedynie z nieobjęcia oferta wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, tj. potwierdzenia zasadności zarzutu wskazanego w pkt. a) powyżej, należało by również stwierdzić, iż złożenie przez konsorcjum ZEUS S.A. i ELEKTROTIM S.A. oferty niezgodnej z SIWZ, która nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia, stanowiło również podanie nieprawdziwych informacji, które niewątpliwie miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W dniu 20.01.2017 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność Zamawiającego z 11.01.2017 r. polegająca na wyborze oferty konsorcjum Zeus i Elektrotim.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę;
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, tj. Konsorcjum ZEUS z powodu, iż Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania ponownej oceny ofert;
2. wykluczenia Konsorcjum ZEUS z postępowania;
3. odrzucenia oferty Konsorcjum ZEUS;
4. ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 21.02.2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że po zapoznaniu się z pismem Przystępującego - Konsorcjum Zeus otrzymanym na posiedzeniu 09.02.2017 r. (pismo z dnia 7.02), jak i pismem Odwołującego z 16.02.2017 r. -

uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Konsorcjum Zeus, na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wniosło sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Postanowieniem z dnia 1.03.2017r. o sygn. akt KIO 142/17 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

Zamawiający w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przeprowadził ponowne badanie i ocenę ofert. W dniu 1.03.2017 r. pismem nr 700/17, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy konsorcjum Zeus i Elektrotim z zapytaniem czy zaoferowana przez konsorcjum Zeus S.A. i Elektrotim S.A. cena 10 720 700,57 zł obejmuje rozwiązanie połączeń przy użyciu szynoprzewodów. Zamawiający poinformował w tym samym piśmie, że nie dopuszcza jako równoważnego rozwiązania zastosowania kabli aluminiowych zamiast szynoprzewodów. W dniu 7.03.2017r. pismem nr 815/17 Zamawiający wezwał konsorcjum Zeus S.A. i Elektrotim S.A. o przedłożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe pisma konsorcjum Zeus S.A. i Elektrotim w piśmie z dnia 2.03.2017r. potwierdziło, że zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu przetargowym

cena 10720 700,57 zł brutto obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z udostępnioną dokumentacją projektową, w tym m.in. wykonanie połączeń nN przy użyciu szynoprzewodów. Z kolei w dniu 10.03. konsorcjum Zeus i Elektrotim złożyło pismo z wyjaśnieniami w sprawie rażąco niskiej ceny, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uznanie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalnoprawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, dodatkowo na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dniu 21.06.2016r., a zatem przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016, poz.1020). Oznacza to, że do postępowania o udzielenie tego zamówienia oraz postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji, która weszła w życie 28

9

lipca 2016r.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Zeus S.A i Elektrotim S.A. z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią siwz. Po pierwsze wskazać należy, że Zamawiający uwzględnił ten zarzut podniesiony przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 20.01.2017r., a mimo to, wbrew żądaniom Odwołującego zawartym w tym odwołaniu nie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego. Zaniechanie to, w ocenie Izby, stanowi naruszenie dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą w przypadku uwzględnienia odwołania, Zamawiający ma obowiązek wykonać czynności zgodnie z żądaniami z treści odwołania.

Niezależnie jednak od tego naruszenia, które ma charakter naruszenia proceduralnego, w ocenie Izby w postępowaniu doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie z konsorcjum Zeus S.A. i Elektrotim S.A. niedozwolonych negocjacji co do treści złożonej oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą jakichkolwiek negocjacji dotyczących złożonej oferty (za wyj. doprecyzowania treści oferty w trybie dialogu konkurencyjnego oraz poprawy oczywistych omyłek) oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści

Nie ulega wątpliwości, że w analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający wymagał wykonania połączeń nN za pomocą szynoprzewodów, czemu dał wyraz w treści projektu a także w pismach kierowanych do wykonawcy m.in. w piśmie z dnia 01.03.2017r. Jak wynika także z korespondencji z projektantem (pisma z dnia 15.02 nr 546/17 oraz pisma z dnia 16.02.2017 Ldz. 298/02/2017) projektant nie dopuścił jako rozwiązania równoważnego zastosowania kabli aluminiowych zamiast szynoprzewodów. W piśmie procesowym z dnia 7.02.2017r., złożonym w toku postępowania odwoławczego, prowadzonego w wyniku odwołania z dnia 20.01.2017r., konsorcjum Zeus S.A. i Elektrotim S.A. na stronie 5 wskazało wprost, że „połączenia niskiego napięcia pomiędzy stacjami oraz agregatami a obiektem odbiorczym zamierza wykonać jako rozwiązanie równoważne - za pomocą linii kablowej nN z kabli Al o wymaganej obciążalności”. Zamawiający, mając na uwadze treść tego oświadczenia wykonawcy nie podjął jednak czynności odrzucenia oferty wykonawcy, ale wszczął procedurę wyjaśnień i pismem z dnia 1.03.2017 roku wskazując, że nie dopuszcza jako rozwiązania równoważnego zastosowania kabli aluminiowych, zapytał

konsorcjum Zeus S.A. i Elektrotim S.A. czy zaoferowana cena obejmuje rozwiązania połączeń przy użyciu szynoprzewodów.

W ocenie Izby, pytanie Zamawiającego zmierzało jedynie do potwierdzenia, że w zaproponowanej cenie oferty wykonawca wykona rozwiązanie przy użyciu szynoprzewodów, nie zmierzało ono jednak to ustalenia jakie w istocie rozwiązanie zostało wycenione i objęte złożoną Zamawiającemu ofertą. W efekcie udzielona przez konsorcjum Zeus S.A. i Elektrotim S.A. odpowiedź doprowadziła, zdaniem Izby, do niedozwolonej zmiany treści oferty, wytworzenia nowej treści oferty po upływie terminu na jej złożenie. Z całokształtu okoliczności sprawy wynika bowiem, że konsorcjum Zeus S.A. i Elektrotim S.A. wyceniło i przyjęło w złożonej ofercie wykonanie połączeń za pomocą kabli aluminiowych, co stoi w jawnej sprzeczności z wymaganiem Zamawiającego i jest podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wskazuje się, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacji 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 z inicjatywy oferenta (zob. podobnie wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 36; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31). Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, ze szkodą dla innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania (wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 37).

Wobec potwierdzenia się zarzutu zaoferowania innego, niż wymagane przez Zamawiającego rozwiązania technicznego, należy uznać, że cena oferty konsorcjum Zeus S.A. i Elektrotim S.A. jest zaniżona. Podnoszony przez Odwołującego zarzut rażąco niskiej ceny opiera się bowiem na tych samych okolicznościach faktycznych i ma swe źródło w zaoferowaniu odmiennego rozwiązania technicznego.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do konsorcjum Zeus S.A. i Elektrotim S.A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających

11

wpływ na wysokość ceny, z uwagi na dokonanie tej czynności przez Zamawiającego został wycofany.

Izba nie podzieliła zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem nie dopatrzyła się złożenia nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W orzecznictwie KIO ukształtował się pogląd, że złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w tym przepisie to czynność dokonana przez wykonawcę z winy umyślnej, a nie w wyniku błędu czy niedbalstwa. Wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający powinien wykazać, że składane w postępowaniu oświadczenia lub dokumenty zawierają nieprawdziwe informacje, a ich złożenie jest wynikiem zamierzonego, zawinionego działania wykonawcy, a nie wynikiem niezrozumienia treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy pozostawania w przekonaniu, że zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom Zamawiającego. W analizowanym stanie faktycznym w działaniu wykonawcy, który potwierdził, na pytanie Zamawiającego, że w cenie oferty wykona przedmiot zamówienia zgodny w jego wymaganiach, nie można dopatrzeć się celowego, zamierzonego wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do oferowanego przedmiotu zamówienia.

12

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: