

Sygn. akt: KIO 2278/18

## WYROK

z dnia 19 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 listopada 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2018r. przez **wykonawcę G. Engineering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Fiszera 14** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Energa Wytwarzanie Spółka Akcyjna z siedziba w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 472**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instytut Energetyki Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, ul. Mory 8 działający przez Oddział w Gdańsku, ul. Mikołaja Reja 27 i Biproen spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Marii Konopnickiej 13** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2278/18 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu ponowne wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instytut Energetyki Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, ul. Mory 8 działający przez Oddział w Gdańsku, ul. Mikołaja Reja 27 i Biproen spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Marii Konopnickiej 13 do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy i nakazuje zażądać co najmniej wykazania - przedstawienia dowodów na okoliczność osiągniętych rabatów, a także wskazania wysokości oszczędności osiągniętych z tego tytułu, wykazania za pomocą kalkulacji jakie oszczędności przyniesie skrócenie czasu pracy o 12 tygodni, a także wykazania jaką oszczędność przystępujący osiąga z tytułu zastosowania rozwiązań**

równoważnych (Zamawiający w tym zakresie co najmniej powinien żądać przedstawienia kalkulacji porównawczych pomiędzy kosztami 40 tygodniowego terminu wykonania, a 28 tygodniowego, czy rozwiązania zaprojektowanego w siwz, a rozwiązania równoważnego), wykazania kosztów pracy, których wartość przyjęte do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace lub minimalnej stawki godzinowej.

**2. Kosztami postępowania obciąża Energa Wytwarzanie Spółka Akcyjna z siedziba w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 472 i :**

**2.1.** Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł. 00 gr** (słownie: **piętnaście tysięcy złotych zero groszy**) uiszczoną przez **wykonawcę G. Engineering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Fiszera 14** tytułem wpisu od odwołania,

**2.2.** Zasądza od **Energa Wytwarzanie Spółka Akcyjna z siedziba w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 472** na rzecz **G. Engineering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Fiszera 14** kwotę **19 141 zł. 20 gr** (słownie: **dziewiętnaście tysięcy sto czterdzieści jeden złotych dwadzieścia groszy**) tytułem zwrotu kosztów uiszczzonego wpisu, dojazdu i zastępstwa prawnego.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację części elektroenergetycznej EW Gałąźnia Mała zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 czerwca 2018r. za numerem 2018/S 124-283373.

W dniu 24 października 2018r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instytut Energetyki Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie, ul. Mory 8 w imieniu którego występuje Oddział Gdańsk z siedzibą w Gdańsku, ul. Mikołaja Reja 27 oraz Biproen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Marii Konopnickiej 1 – dalej Konsorcjum IEIB, Biproen.

W dniu 5 listopada 2018r. odwołanie wniósł wykonawca G. Engineering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Fiszera 14 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 5 listopada 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 ustawy przez błędne uznanie i poinformowanie o tym wykonawców, że oferta Konsorcjum IEIB, Biproen otrzymała maksymalną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert i została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, podczas gdy oferta Konsorcjum IEIB, Biproen powinna być odrzucona i nie powinna podlegać ocenie według kryteriów oceny ofert.
- art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, przez niezastosowanie tych przepisów, pomimo że zamawiający powinien był odrzucić ofertę Konsorcjum IEIB, Biproen z powodu zaferowania rażąco niskiej ceny i niezłożenia wyjaśnień obalających domniemanie rażąco niskiej ceny,
- art. 26 ust. 1 ustawy, przez jego zastosowanie w stosunku do Konsorcjum IEIB, Biproen i jednocześnie przez jego niezastosowanie w stosunku do odwołującego, podczas gdy to właśnie oferta odwołującego powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza i w związku z tym to odwołujący powinien być wezwany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy,
- art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie przez zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. zamawiający wybrał jako ofertę najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum IEIB, Biproen, podczas gdy ta oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy. Tym samym,

zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zażądał:

- uwzględnienia odwołania w całości,
- nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum IEIB, Biproen na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy,
- nakazania zamawiającemu ponownej oceny ofert i wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż jest jednym z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługę „Modernizacja części elektroenergetycznej EW Gałąźnia Mała”. Oferta odwołującego otrzymała 68,96 punktów w kryteriach oceny ofert, co oznacza, że w przypadku uwzględnienia zarzutów niniejszego odwołania, to właśnie oferta odwołującego zostałaby oceniona jako najkorzystniejsza i miałaby szansę na wybór jako oferta najkorzystniejsza.

W związku z bezprawnymi czynnościami zamawiającego, odwołujący poniesie szkodę polegającą na braku możliwości wykonania zamówienia i uzyskania korzyści ekonomicznych związanych z otrzymaniem wynagrodzenia za wykonanie zamówienia. Rozstrzygnięcie odwołania przez jego uwzględnienie, spowoduje, iż w tym zakresie możliwe będzie stwierdzenie prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców.

Odwołujący podniósł, że cena ofertowa Konsorcjum IEIB, Biproen wyniosła 4.140.057,00 zł. Wartość zamówienia oszacowana przez zamawiającego powiększona o podatek VAT wynosi 6.273.000,00 zł. Oznacza to, że cena ofertowa Konsorcjum IEIB, Biproen jest niższa od wartości zamówienia o więcej niż 30% (dokładnie, jest niższa o 34%), co pozwala na przyjęcie podejrzenia, że jest to cena nierealistyczna, oderwana od realiów rynkowych, niepozwalająca na wykonanie zamówienia. Zamawiający powziął takie uzasadnione wątpliwości co do rażąco niskiej ceny i wezwał 23 sierpnia 2018 r. Konsorcjum IEIB, Biproen do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. Tym samym, powstało domniemanie zaoferowania przez Konsorcjum IEIB, Biproen rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. W piśmie z dnia 5 września 2018 r. Konsorcjum IEIB, Biproen przysłało lakoniczne wyjaśnienia, które nie obaliły domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia zawierają niepotwierdzone i gołosłowne zapewnienia, które w żaden sposób nie oddalają domniemania rażąco niskiej ceny.

Konsorcjum IEIB, Biproen przedstawiło tabelę, w której podało deklarację co do kosztu netto „wytypowanych najważniejszych”, jak to ujęto, cenotwórczych elementów oferty w kalkulacji ceny oferty. Przedstawione ceny nie zostały jednak w żaden sposób uzasadnione, ani opisane. Nadal nie wiadomo jak zostały te elementy cenotwórcze obliczone i jak za taką cenę zamierza wykonać zamówienie. Zamawiający bezrefleksyjnie i z naruszeniem ustawy przyjął te wyjaśnienia jako wiarygodne, podczas gdy zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum IEIB, Biproen za zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Jedynym zapewnieniem, które miało wystarczyć zamawiającemu, było ogólne stwierdzenie, że koszty zostały podobno skalkulowane na podstawie aktualnych kosztów materiałowych i rzetelnej kalkulacji wykonanej na podstawie doświadczenia.

Konsorcjum IEIB, Biproen pisze też m.in., że wymienione elementy cenotwórcze „zostały skalkulowane na podstawie pozyskanych ofert producentów urządzeń wytypowanych w projekcie”. Zdaniem Konsorcjum IEIB, Biproen, istotnym czynnikiem wpływającym na koszty są rabaty od producentów urządzeń w wysokości 15%-30%, które miały zostać pozyskane za względu na dużą ilość zamówień winnych projektach i wieloletnią współpracę Konsorcjum IEIB, Biproen z dostawcami. Poza tymi deklaracjami, Konsorcjum IEIB, Biproen nie złożyło jednak żadnych dowodów potwierdzających te twierdzenia. W wyjaśnieniach nie znalazły się żadne dowody na to, że rzeczywiście Konsorcjum IEIB, Biproen ma zapewnione deklarowane rabaty. Nie znalazły się żadne wyliczenia udowadniające, że oferowana cena rzeczywiście na skutek posiadanych wysokich rabatów może być skalkulowana na tak niskim poziomie. Nie wskazano żadnych konkretnych dostawców ani konkretnych umów, z których wynikałyby niskie ceny umożliwiające wykonanie zamówienia publicznego na rzecz zamawiającego za cenę zawartą w ofercie Konsorcjum IEIB, Biproen.

Co więcej zdaniem odwołującego, Konsorcjum IEIB, Biproen również nie potwierdziło, w najmniejszym nawet stopniu, innych zapewnień, co do okoliczności mających wpływ na niską cenę. Według Konsorcjum IEIB, Biproen, skrócenie czasu wykonania zamówienia z 40 na 28 tygodni przełoży się na zmniejszenie kosztów robocizny. Tego typu wyjaśnienie niskości ceny można uznać za wręcz absurdalne, bowiem prowadzi ono do mylnego wrażenia, że im większe skrócenie terminu wykonania zamówienia, tym taniej wykonawca jest w stanie to zamówienie wykonać. Tymczasem jest dokładnie na odwrót. Zamawiający postawił jako jedno z kryteriów oceny ofert, kryterium „Całkowity termin wykonania zamówienia”, którego waga wynosi 10%. Oznacza to, że wykonawca, który zadeklaruje krótszy czas wykonania zamówienia, może otrzymać dodatkowe punkty w tym kryterium i w związku z tym wygrać przetarg nawet z wyższą ceną, niż wykonawca, który zadeklaruje wykonanie zamówienia w najdłuższym możliwym terminie (40 tygodni). Zastosowanie przez zamawiającego tego kryterium jest spowodowane koniecznością przewidzenia przez wykonawców wyższych kosztów związanych z taką organizacją pracy, aby szybciej wykonać zamówienie. Opisana przez

zamawiającego modernizacja elektrowni wodnej Gałężnia Mała jest skomplikowanym zadaniem wymagającym od wykonawcy zapewnienia wysokich standardów realizacji zamówienia. Duże skrócenie czasu realizacji zamówienia jest podjęciem ryzyka ewentualnego niewykonania zamówienia w terminie, co z kolei wiązać się będzie z nałożeniem kar umownych z tytułu niedotrzymania terminu wykonania umowy zgodnie z § 14 Wzoru Umowy. Wzór Umowy opisuje też warunki odstąpienia od umowy i rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Krótki czas na wykonanie zamówienia może się tym bardziej przyczynić do ryzyka nienależytego wykonania umowy, co może skutkować rozwiązaniem umowy. Z tych wszystkich powodów zupełnie absurdalnie brzmi wyjaśnienie Konsorcjum IEIB, Biproen, że przez to, iż zaoferowali czas wykonania zamówienia o 12 tygodni krótszy niż żądany przez zamawiającego, spowoduje to obniżenie kosztów wykonania zamówienia przez niższe koszty robocizny. Nie wskazano natomiast w żaden sposób jak bardzo koszt rzekomych oszczędności na robociznie wpłynie na tak wielkie obniżenie ceny Konsorcjum IEIB, Biproen. Konsorcjum IEIB, Biproen deklaruje również, że prawie cały zakres prac będzie realizowany przez samo Konsorcjum IEIB, Biproen, a jedynie prace budowlane przez podwykonawcę. Rzekomy fakt znacznych oszczędności pod tym względem ma wynikać z wieloletniego doświadczenia w zakresie układów automatyki i sterowania w elektrowniach wodnych. Prace wykonywane przez Konsorcjum IEIB, Biproen w zakresie układów wzbudzenia, układów regulacji obrotów i systemów wizualizacji ma być realizowany samodzielnie Lidera Konsorcjum IEIB, Biproen, z zastosowaniem „autorskich rozwiązań spełniających wszystkie wymagania zamawiającego”. Poza tym gołosłownym zapewnieniem nie opisano na czym mają polegać te „autorskie rozwiązania” i w jaki dokładnie sposób, zdaniem Konsorcjum IEIB, Biproen, wpłyną te rozwiązania na możliwość wykonania zamówienia za cenę ponad dwa miliony niższą niż wartość zamówienia. Nie wyjaśniono również jak na obniżenie kosztów ma wpłynąć fakt realizacji tych prac przez jeden podmiot, czyli Lidera Konsorcjum IEIB, Biproen.

Konsorcjum IEIB, Biproen twierdzi też, że możliwość wykorzystania istniejącego wspólnego prostownika do układów wzbudzenia spowoduje obniżenie kosztów układów wzbudzenia. Również i w tym wypadku nie zawarto żadnych wyliczeń w jaki sposób i o ile ten fakt może wpłynąć na obniżenie kosztów realizacji zamówienia.

Całokształt powyższych enigmatycznych „wyjaśnień” pozwala zdaniem odwołującego na postawienie tezy, że Konsorcjum IEIB, Biproen w rzeczywistości nie udzieliło wyjaśnień, których żądał zamawiający. Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów dotyczących wyliczenia ceny, a tego również wymaga art. 90 ust. 1 ustawy. Odwołujący wskazał, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wskazuje, że tego typu lakoniczne wyjaśnienia nie mogą być uznane przez zamawiającego i stanowią podstawę do odrzucenia oferty.

Konieczność odrzucenia oferty za przedstawienie takich lakonicznych, niewystarczających

wyjaśnień, od lat podkreśla orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 2391/16), w wyroku z dnia 9 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2036/16), w wyroku z dnia 13 października 2014 r. (sygn. akt KIO 2031/14), w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2015 r. (sygn. akt KIO 637/15), w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 40/17), w wyroku z dnia 18 marca 2016 r. (sygn. akt KIO 312/16) w wyroku (sygn. akt KIO 422/17).

Konsorcjum IEIB, Biproen złożyło w ocenie odwołującego nieprzekonywujące, lakoniczne, gołosłowne, krótkie informacje co do ceny, które w żadnym razie nie można nazwać wystarczającymi do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Na podstawie utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej na ten temat można postawić tezę, że oferta Konsorcjum IEIB, Biproen powinna zostać odrzucona na podstawie art 89 ust. 1 pkt 4) ustawy w związku z art. 90 ust. 3, ponieważ Konsorcjum IEIB, Biproen nie złożyło wyjaśnień, które pozwalałyby na stwierdzenie, że wykona ono zamówienie za tak nadzwyczajnie niską cenę. Naruszenie przez zamawiającego powyższych artykułów spowodowało dalsze naruszenia związane z bezprawnym wezwaniem Konsorcjum IEIB, Biproen na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy i w końcu wyborem oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy oraz poinformowaniem o tym na podstawie art. 92 ust. 1 wykonawców. Tym samym zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy, bowiem nie zachował zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 6 listopada 2018r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 9 listopada 2018r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosiło Konsorcjum IEIB, Biproen, wskazując na interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na obronie wyboru swojej oferty jako najkorzystniejszej, co ma umożliwić mu uzyskanie zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego i zmierzającego do przewlekłości postępowania. Zgłoszenie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego lidera konsorcjum, działającego w imieniu lidera, oraz partnera na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez prezesa zarządu partnera ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji partnera. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 8 listopada 2018r.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania zamawiający i przystępujący złożyli odpowiedzi na odwołanie, w których wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

Zdaniem zamawiającego odwołujący nie wykazał w sposób bezsporny, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia za kwotę, która zaoferował przystępujący, zaś złożone przez przystępującego wyjaśnienia są dokładne, szczegółowe, zaś zamawiającego przekonało zaoferowanie innych równoważnych materiałów lub rozwiązań technologicznych, co wpływa

na obniżenie kosztów układów wzbudzenia. Zamawiający wniósł o obciążenie odwołującego kosztami postępowania, w tym zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa prawnego.

Przystępujący zaś wskazał, że w jego ocenie czynnikami umożliwiającymi mu zaoferowanie zadeklarowanej ceny są przede wszystkim uzyskane rabaty od producentów urządzeń, których przedstawienia zamawiający nie żądał, a które w ramach porozumień handlowych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego. Ponadto na cenę wpływa skrócenie o 12 tygodni czasu wykonania zamówienia, wykonanie wszystkich prac (z wyjątkiem branży budowlanej stanowiącej ok. 6% zamówienia) własnymi siłami. W zakresie układów wzbudzenia, regulacji obrotów i systemu wizualizacji zastosowane zostaną autorskie rozwiązania lidera konsorcjum, co znacząco zmniejsza cenę końcową. Dodatkowo oszczędności przyniesie rozwiązanie zakładające wykorzystanie istniejącego wspólnego prostownika do układów wzbudzania. Przystępujący podniósł także, że znaczna część zarzutów nie została opisana przez wskazanie podstawy faktycznej i czynności zamawiającego, której dotyczy.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. informacji o wyniku postępowania, wezwania w trybie art. 90 ust.1 ustawy skierowanego do konsorcjum IEIB, Biproen, udzielonej przez konsorcjum odpowiedzi, wykazu umów zawartych pomiędzy zamawiającym i liderem lub partnerem konsorcjum w okresie ostatnich dwóch lat, kalkulacji dodatkowych kosztów związanych z zastosowaniem statycznego układu wzbudzania wraz z załączoną fakturą, faktury dostawcy przystępującego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Z wezwania z dnia 23 sierpnia 2018r. pkt V wynika, że zamawiający wzywał Konsorcjum IEIB, Biproen do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca miał wyjaśnić elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, ponieważ oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami siwz, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia. Wyjaśnienia powinny obejmować kalkulację ceny oraz inne informacje w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia oraz wybranych rozwiązań technicznych.

W dniu 5 września Konsorcjum IEIB Biproen udzieliło następujących wyjaśnień:

- potwierdziło ujęcie w cenie oferty pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymogami określonymi w siwz. Koszty zostały skalkulowane na bazie aktualnych kosztów materiałowych oraz rzetelnej kalkulacji wykonanej na podstawie doświadczenia z



analogicznych zadań realizowanych przez lidera konsorcjum od wielu lat.

Konsorcjum podało wytypowane najważniejsze cenotwórcze elementy oferty w kalkulacji ceny:

1. Prace w zakresie układów wzbudzenia – 400 000zł. netto,
2. Prace w zakresie układów regulacji obrotów 980 000zł. netto,
3. Prace w zakresie układów wizualizacji i SCADA 260 000zł. netto,
4. Prace budowlane 192 900zł. netto
5. Prace w zakresie transformatorów 460 000zł. netto
6. Prace w zakresie zabezpieczeń i synchronizacji 410 000zł. netto
7. Koszty związane z pozostałymi pracami oraz dostawami i montażami zgodnie z wymaganym zakresem prac SIWZ 663 000zł. netto

Łącznie 3 365 900zł. netto, - 4 410 057zł. brutto.

Konsorcjum podało czynniki mające istotny wpływ na wysokość ceny i oszczędności:

1. Wyżej wymienione elementy zostały skalkulowane na podstawie pozyskanych ofert producentów urządzeń wytypowanych w projekcie. Istotnym czynnikiem wpływającym na koszty materiałowe są rabaty uzyskane od producentów urządzeń sięgające 15-30%, z uwagi na dużą ilość zamówień w innych dotychczasowych projektach i wieloletnią współpracę lidera i partnera z dostawcami,
2. Skrócenie czasu realizacji do 28 tygodni, co w istotny sposób przekłada się na koszty robocizny, który określono na podstawie doświadczenia w poprzednich inwestycjach o podobnym lub szerszym zakresie,
3. Cały zakres prac poza robotami budowlanymi będzie wykonany przez Konsorcjum. Lider posiada wieloletnie doświadczenie w zakresie układów automatyki i sterowania w elektrowniach wodnych. Komplet prac związanych z układami wzbudzania, regulacji obrotów, systemów wizualizacji będzie realizowany samodzielnie przez Instytut bez podwykonawców z zastosowaniem autorskich rozwiązań spełniających wszystkie wymagania zamawiającego, co pozwala na optymalizację realizacji zadań i obniżenie kosztów,
4. Zamawiający wyraził zgodę na wykorzystanie istniejącego wspólnego prostownika do układów wzbudzenia, co obniża koszty wzbudzenia i nie ogranicza wymaganych funkcji trybów regulacji mocy biernej, współczynnika mocy oraz indywidualnej synchronizacji.

Konsorcjum posiada wieloletnie doświadczenie w realizacji tego typu zadań.

Odwołujący zaoferował cenę 6 111 870, 00zł., Konsorcjum IEIB Biproen – 4 140 057zł., zamawiający wyszacował wartość ogółem kosztorysową robót na kwotę 6 273 000zł.

Z wykazu umów wynika, że zamawiający zawarł liderem przystępującego lub jego partnerem w okresie ostatnich dwóch lat 19 umów związanych z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa zamawiającego.

Z kalkulacji dodatkowych kosztów związanych z zastosowaniem statycznego układu wzbudzania zgodnie z projektem modernizacji Elektrowni Gałęźnia wynika, że przystępujący skalkulował te dodatkowe koszty na kwotę brutto 269 247zł., przy czym są tu przedstawione koszty dodatkowe, a nie jest to porównanie technologii opisanej w projekcie zamawiającego i technologii równoważnej zaoferowanej przez przystępującego i wycenionej, według kalkulacji przedstawionej w wyjaśnieniach na kwotę 400 000zł. Z faktury dołączonej do tej kalkulacji dodatkowych kosztów wynika, że koszt dostawy transformatora wzbudzania wynosi 17 900zł. netto.

Z faktury dostawcy przystępującego, którą objął zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa i które to zastrzeżenie Izba uznała za zasadne ograniczając dostęp do tego dokumentu zamawiającemu i odwołującemu wynika, że przystępujący jest w stanie wykazać wysokość oferowanych mu opustów cenowych na poziomie co najmniej deklarowanym w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu.

Izba oceniła, że dostarczony Izbie materiał dowodowy jest wystarczający do rozstrzygnięcia, wiarygodny i kompletny.

W ocenie Izby rację ma odwołujący podnosząc, że przystępujący nie może zastępować obowiązku wyjaśnień zaoferowanej przez siebie ceny na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożeniem wyjaśnień czy dowodów na etapie postępowania odwoławczego. Nie oznacza to jednak, że z góry wszelkie argumenty przystępującego czy zamawiającego jak również przedkładane przez nich dowody należy pominąć przy ocenie zgromadzonego materiału dowodowego. Istotą dopuszczenia i oceny dowodów na etapie postępowania odwoławczego jest bowiem wykazanie prawdziwości informacji podanych w wyjaśnieniach, czyli dopuszczalne jest prowadzenie dowodów dowodzących toku rozumowania zamawiającego przy podejmowaniu decyzji o uwzględnieniu lub odmowie uwzględnienia wyjaśnień, a także wykazanie, że oświadczenia składane przez przystępującego w wyjaśnieniach mają potwierdzenie lub nie w rzeczywistym stanie faktycznym i w takim zakresie Izba oceniła dowody przedłożone przez zamawiającego i przystępującego jako wiarygodne.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Izba oceniła, że przystępujący wskazał na wartość gospodarczą pozyskanych przez siebie rabatów tak w zakresie ich wysokości jak i danych podmiotu przez których są udzielane. W ocenie Izby

potencjalna utrata przyznanych rabatów na skutek ich ujawnienia do publicznej stanowiłaby szkodę finansową przystępującego. Przystępujący ochronił także poufność informacji zastrzegając ją do wiadomości Izby i ograniczając dostęp do informacji zamawiającemu i odwołującemu, a także przedstawiając informację w taki sposób, aby nie ujawnić elementów tej informacji stanowiących jego tajemnicę tj. wyłącznie przez podejście do stołu składu orzekającego i wskazanie wyłącznie składowi orzekającemu informacji wynikających z przedstawianego dowodu. Z par. 8 ust. 3 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wynika, że informacje stanowiące tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów inne niż informacje niejawne w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych nie podlegają udostępnieniu. Tym samym Skoro Izba ustaliła, że przesłanki objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zostały przez przystępującego wykazane, a tajemnica przedsiębiorstwa jest informacją chronioną na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to dowodu tego nie należy udostępnić.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą podstawy odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody z związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, tym samym wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, przez niezastosowanie tych przepisów, pomimo że zamawiający powinien był odrzucić ofertę Konsorcjum IEIB, Biproen z powodu zaferowania rażąco niskiej ceny i niezłożenia wyjaśnień obalających domniemanie rażąco niskiej ceny

Zarzut jest zasadny jedynie częściowo. Izba przy rozstrzyganiu przedmiotowej sprawy wzięła pod uwagę nie tylko treść samych wyjaśnień złożonych przez przystępującego, ale także treść wezwania skierowanego przez zamawiającego do przystępującego i skonfrontowała treść tego wezwania z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby z brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy wynika, że zakres wyjaśnień, jakie mają być zamawiającemu udzielone zależy od wezwania zamawiającego. Świadczy o tym użyty przez ustawodawcę zwrot „(...) zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: (...)” Z tego sformułowania wynika, że to zamawiający ma obowiązek określić, jakie elementy z ustawowo określonego katalogu będzie wyjaśniał, czy

tylko niektóre, czy wszystkie, czy może inne niż wynikające z tego katalogu. Zamawiający też ma określić czy i jakich dowodów żąda. W niniejszej sprawie zamawiający w wezwaniu jedynego dowodu jakiego zażądał to kalkulacja o nieokreślonym stopniu szczegółowości oraz inne informacje w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia oraz wybranych rozwiązań technicznych. W ocenie Izby zamawiający otrzymał wyjaśnienia odpowiadające wezwaniu. Jednakże Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający przy formułowaniu wezwania pominął cel, jakiemu ma służyć wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy. Celem tym jest usunięcie wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. W ocenie Izby sformułowanie lakonicznego wezwania było oparte o pozaustawowe okoliczności, które skłoniły zamawiającego do przyjęcia, że ma do czynienia z rzetelnym partnerem handlowym. Jak wynika z dowodu przedłożonego przez zamawiającego zamawiający zawiera liczne umowy z liderem przystępującego i jego partnerem i na tej podstawie uważa, że skoro dotychczasowy przebieg współpracy przebiegał bez zastrzeżeń, to i przyszła współpraca doprowadzi do realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednakże jak słusznie podniósł odwołujący składanie wyjaśnień w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie służy jedynie formalnemu wykonaniu obowiązku ustawowego, ale także zachowaniu zasady równego traktowania wykonawców i umożliwieniu kontroli poprawności postępowania zamawiającego w toku udzielania zamówienia. Tym samym zamawiający nie powinien brać pod uwagę okoliczności, choćby znanych mu z urzędu, na które nie powoływał się przystępujący w wyjaśnieniach. Przystępujący powoływał się wprawdzie na posiadane przez siebie doświadczenie, ale nie wskazywał jako argumentu pozwalającego mu na oszczędność metody wykonania, okoliczności znajomości specyfiki zamawiającego i dotychczasowej poprawnej współpracy. Tym samym w ocenie Izby przekonanie zamawiającego o rzetelności przystępującego wywiedzione z dotychczasowych doświadczeń zamawiającego nie wpisuje się w prawidłową ocenę wyjaśnień wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Nadto dotychczasowa poprawna współpraca zamawiającego z wykonawcami wchodzącymi w skład konsorcjum przystępującego nie wyklucza błędnej kalkulacji konkretnej ceny ofertowej. Zaniżenie ceny nie musi być zawsze wynikiem zamierzonego zaoferowania ceny niepokrywającej kosztów wykonania usługi, ale także omyłkowego nie wliczenia w cenę kosztu jakiegoś elementu przedmiotu zamówienia, którego zamawiający wymagał, a wykonawca przez omyłkę czy przeoczenie nie skalkulował. Wówczas cena też może budzić wątpliwości co do swojej realności i w ramach wyjaśnień można ustalić, że wykonawca nie zaoferował wykonania całości przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może także, co już Izba podkreślała, realizować obowiązku zamawiającego wynikającego z art. 90 ust. 1 a pkt. 1 ustawy w sposób blankietowy. Pamiętać należy, że ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek występowania o wyjaśnienia zaoferowanej ceny w sytuacji, gdy jest ona o co najmniej 30%

niższa od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie, a zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że rozbieżność cenowa w ofercie przystępującego wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W ocenie Izby zatem zamawiający nie wypełnił w sposób należyty swego obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt. 1 ustawy i nie sformułował wezwania do wyjaśnień zaoferowanej ceny w sposób umożliwiający mu usunięcie wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymaganiami za zaoferowaną cenę. Nie można jednak w ocenie Izby za brak prawidłowego wezwania karać przystępującego. Nie jest on bowiem winny temu, że zamawiający nieprawidłowo sformułował wezwanie do wyjaśnień nie realizując celu ustawowego, tym samym Izba oceniła, że zamawiający powinien ponownie wezwać przystępującego wskazując mu, jakie elementy jego ceny ofertowej budzą wątpliwości zamawiającego, a także do przedstawienia dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Oczywiście zamawiający powinien wziąć pod uwagę okoliczności już wskazane przez przystępującego tj. twierdzenia o wysokości rabatów, autorskich rozwiązaniach, oszczędności z tytułu skrócenia czasu wykonywania zamówienia czy oszczędności wynikającą ze wspólnego prostownika. Zamawiający powinien zażądać wykazania – udowodnienia osiągniętych rabatów, a także wskazania wysokości oszczędności osiągniętych z tego tytułu, wykazania za pomocą kalkulacji jakie oszczędności przyniesie skrócenie czasu pracy, a także wykazania jaką oszczędność przystępujący osiąga z tytułu zastosowania rozwiązań równoważnych. Zamawiający w tym zakresie co najmniej powinien żądać przedstawienia kalkulacji porównawczych pomiędzy kosztami 40 tygodniowego terminu wykonania, a 28 tygodniowego, czy rozwiązania zaprojektowanego w siwz, a rozwiązania równoważnego. Przystępujący wykazał na rozprawie, że posiada dowody pozwalające mu na sporządzenie tak kalkulacji porównawczych jak i wykazanie posiadanych opustów. W ocenie Izby ujawnienie tych okoliczności zamawiającemu z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w trybie art. 8 ust. 3 ustawy dostatecznie zabezpieczy interesy przystępującego, chroniąc go przed ewentualną szkodą związaną z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień. Na możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty, wskazuje również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. W wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15), Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10). Mając powyższe na uwadze Izba oceniła, że zamawiający ze względu na wadliwe wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy, wadliwie dokonał oceny w trybie art. 90 ust. 3 ustawy przedwcześnie zakończając procedurę wyjaśnień zaoferowanej ceny, czy naruszył ten

przepis. Jednakże Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowana ceną jest ceną rażąco niską. Tym samym odrzucenie oferty przystępującego na tym etapie postępowania byłoby przedwczesne, a nadto niesprawiedliwe, gdyż to na przystępujący skupiłby się skutki wadliwej czynności zamawiającego. Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu ponowne wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy i zażądanie wykazania – udowodnienia osiągniętych rabatów, a także wskazania wysokości oszczędności osiągniętych z tego tytułu, wykazania za pomocą kalkulacji jakie oszczędności przyniesie skrócenie czasu pracy, a także wykazania jaką oszczędność przystępujący osiąga z tytułu zastosowania rozwiązań równoważnych. Zamawiający w tym zakresie co najmniej powinien żądać przedstawienia kalkulacji porównawczych pomiędzy kosztami 40 tygodniowego terminu wykonania, a 28 tygodniowego, czy rozwiązania zaprojektowanego w siwz, a rozwiązania równoważnego. Biorąc pod uwagę także realizację przez ustawę celów polityki społecznej państwa zamawiający powinien zażądać od przystępującego wykazania kosztów pracy, których wartość przyjęte do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace lub minimalnej stawki godzinowej.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 ustawy przez błędne uznanie i poinformowanie o tym wykonawców, że oferta Konsorcjum IEIB, Biproen otrzymała maksymalną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert i została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, podczas gdy oferta Konsorcjum IEIB, Biproen powinna być odrzucona i nie powinna podlegać ocenie według kryteriów oceny ofert

Zarzut potwierdził się. Zamawiający nieprawidłowo przeprowadził procedurę wyjaśnień zaoferowanej przez przystępującego ceny w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy, czym doprowadził do wadliwej oceny złożonych wyjaśnień. To spowodowało, że czynność wyjaśnień powinna być ponowiona, a w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej był wyborem przedwczesnym i nie był oparty o niewątpliwe przekonanie zamawiającego, że oferta przystępującego daje możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Do oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej nie powinna być brana oferta, co do której zamawiający nie usunął powziętych wątpliwości na podstawie informacji uzyskanych od wykonawcy. Tym samym ocena tej oferty i jej wybór musi być uznany za nieskuteczny, a zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 i 92 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 1 ustawy, przez jego zastosowanie w stosunku do Konsorcjum IEIB, Biproen i jednocześnie przez jego niezastosowanie w stosunku

do odwołującego, podczas gdy to właśnie oferta odwołującego powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza i w związku z tym to odwołujący powinien być wezwany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy

Zarzut nie potwierdził się. W stanie faktycznym ustalonym przez Izbę na datę wyrokowania brak jest podstaw do uznania, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu, tym samym w dalszym ciągu oferta ta podlega dalszym wyjaśnieniom w celu ustalenia, czy może być poddana ocenie w celu ustalenia, która ze złożonych ofert jest ofertą ocenioną jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji na datę wyrokowania brak jest podstaw do nakazania zamawiającemu zastosowania przepisu art. 26 ust. 1 ustawy wobec odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut potwierdził się. Zamawiający nieprawidłowo prowadząc procedurę wyjaśnień zaoferowanej przez przystępującego ceny doprowadził do wyboru wykonawcy, co do którego nie można usunąć wątpliwości w zakresie realności zaoferowanej ceny. Powoduje to, że drugi wykonawca, którego cena nie budzi takich wątpliwości jest w gorszej sytuacji, niż wykonawca z niepewną ceną. W ocenie Izba taki stan faktyczny powoduje, że zamawiającemu można przypisać nierówne traktowanie wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238 ze zm. z 2017r. poz. 47) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz zobowiązując zamawiającego do zwrotu odwołującemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł., kosztów dojazdu w kwocie łącznej 541, 20zł., w tym 318zł. (dojazd) i 223,20zł. (nocleg).

**Przewodniczący:** .....