

WYROK
z dnia 3 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, ELMIKO Sp. z o.o., ul. Rybnicka 20, 43-190 Mikołów oraz R. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. Ł. Zakład Usług Budowlanych, Zieleń 86, 62-240 Trzemeszno,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Control Process EPC2, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, ELMIKO Sp. z o.o., ul. Rybnicka 20, 43-190 Mikołów oraz R. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. Ł. Zakład Usług Budowlanych, Zieleń 86, 62-240 Trzemeszno, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, ELMIKO Sp. z o.o., ul. Rybnicka 20, 43-190 Mikołów oraz R. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. Ł. Zakład Usług Budowlanych, Zieleń 86, 62-240 Trzemeszno**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wyłonienie Centralnego Realizatora zadania inwestycyjnego pn. Dostawa źródła kogeneracyjnego na potrzeby KRNiGZ Dębno wraz z towarzyszącymi robotami budowlanymi oraz pracami projektowymi”, numer referencyjny: ZP/PGNG/19/0037/GE/DIG. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 czerwca 2019 r., nr 2019/S 107-262004.

W dniu 9 kwietnia 2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wstępnej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, ELMIKO Sp. z o.o., ul. Rybnicka 20, 43-190 Mikołów oraz R. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R.Ł. Zakład Usług Budowlanych, Zieleń 86, 62-240 Trzemeszno (dalej: „odwołujący”).

W dniu 20 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji uznanie, że odwołujący złożył dwie oferty wstępne oraz że Odwołujący złożył ofertę wstępną wariantową,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji uznanie, że odwołujący złożył ofertę wstępną, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”),
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie, a to poprzez zastosowanie ww. przepisów wprost, a nie odpowiednio, mimo że przepis art. 57 ust. 2 ustawy Pzp wymaga odpowiedniego zastosowania przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Odwołujący w ofercie wstępnej (w tabeli określającej proponowane urządzenia planowane do zabudowania) wskazał następujące urządzenia, które chciał zaproponować Zamawiającemu na etapie negocjacji, jako ewentualnie planowane do zabudowania: (...)

Zamawiający po analizie oferty wstępnej Odwołującego wezwał go pismem z dnia 5 marca 2020 roku do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP w przedmiocie wskazanych w ofercie transformatorów, żądając wyjaśnień, dlaczego Odwołujący wskazał dwóch producentów oraz w oparciu o którego producenta została przygotowana oferta

wstępna, jak również czy oba typy transformatorów produkowane są w oparciu o technologię rowingową (resibloc). (...)

W odpowiedzi Odwołujący złożył wyjaśnienia (...), w których wyjaśnił Zamawiającemu, że pierwsze ze wskazanych transformatorów (producenta ABB) są urządzeniami podstawowymi, na podstawie których Odwołujący wycenił swoją ofertę, z kolei urządzenia wskazane w dalszej kolejności (producenta Legrand) są urządzeniami, które zostały przedstawione na potrzeby ewentualnych negocjacji z Zamawiającym, mając na uwadze, że postępowanie toczy się właśnie w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Wykonawca wskazał, że transformatory producenta ABB (jako podstawowe) produkowane są w technologii rowingowej (resibloc), natomiast transformatory producenta Legrand wykonane są w technologii zalewania próżniowego jednakże „pomimo odmiennej technologii wykonania, posiadają szereg zalet, które Odwołujący chciałby przedstawić Zamawiającemu na etapie negocjacji”. (...)

Zamawiający na podstawie wyjaśnień Odwołującego stwierdził, że:

- 1) Odwołujący złożył dwie oferty wstępne,
- 2) oferta wstępna stanowi jednocześnie ofertę podstawową oraz ofertę wariantową,
- 3) oferta wstępna Odwołującego nie jest zgodna w swojej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

(...) Odwołujący złożył wyłącznie jedną ofertę, a wskazane w niej rozwiązania proponowane do negocjacji nie mogą zostać uznane za drugie, wariantowe, lub rozwiązania które są niezgodne z SIWZ, ponieważ są to tylko propozycje, powinny zostać poddane pod rozagę podczas negocjacji i mogą (ale nie muszą) zostać zaakceptowane przez Zamawiającego — w postaci zmiany treści SIWZ.

Oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę niezgodną z SIWZ, gdyby Odwołujący zaoferował (jako propozycję dla Zamawiającego) wyłącznie takie urządzenia, które nie odpowiadają w sposób ewidentny urządzeniom wymaganym przez Zamawiającego, Niemniej jednak urządzenia producenta ABB, jako podstawowe wpisane w ofercie Odwołującego spełniają wszelkie wymagania Zamawiającego. Sytuacji prawnej Odwołującego nie może pogarszać fakt, że na etapie składania oferty wstępnej zawarł w niej propozycje negocjacyjne dla Zamawiającego.

Oferty wstępnej Odwołującego nie można również potraktować jako oferty wariantowej, ponieważ oferta ta - jako wstępna - nie posiada przymiotu definitywności, a więc nie kształtuje ostatecznego zakresu zobowiązania wykonawcy. Nie jest to więc zaoferowanie Zamawiającemu odmiennego sposobu wykonania zamówienia (tym bardziej, że Zamawiający nie dokonuje wyboru Odwołującego na podstawie tejże oferty, ale dopiero na podstawie oferty ostatecznej).

W związku z powyższym nie sposób również stwierdzić, że Odwołujący złożył dwie oferty, ponieważ de facto Odwołujący złożył jedną ofertę, w której zawarł wyłącznie propozycje do negocjacji na kolejnym etapie postępowania. (...)

W celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, Odwołujący stanowczo stwierdza, że jego zamiarem nie jest przekonanie Zamawiającego do dopuszczenia transformatorów w technologii zalewania próżniowego. W przypadku takiego dopuszczenia — Odwołujący w ofercie ostatecznej może wskazać zarówno jedne, jak i drugie transformatory. Niemniej jednak w przypadku niedopuszczenia do jakichkolwiek odstępstw - Odwołujący zaoferuje w ofercie ostatecznej transformatory producenta ABB (w pełni zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego), a w przypadku zmiany specyfikacji technicznej na nową technologię - Odwołujący zaoferuje w ofercie ostatecznej transformatory producenta Legrand. Powyższą decyzję Odwołujący pozostawia oczywiście Zamawiającemu, który jako gospodarz postępowania może narzucić na wykonawców obowiązek zaoferowania konkretnego urządzenia i w ofercie ostatecznej takie właśnie urządzenie wykonawca zaoferuje Zamawiającemu. (...)

Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji nie wskazał, że kwestia transformatorów nie będzie podlegała negocjacom. Zamawiający nie wskazał które elementy opisu przedmiotu zamówienia będą, a jakie nie będą podlegały negocjacom. Zamawiający na obecnym etapie nie ma możliwości doprecyzowywania treści specyfikacji i interpretacji jej w wyłącznie sobie znany sposób, poprzez stwierdzenie, że pewne elementy opisu przedmiotu zamówienia są „szczególnie istotne”, a inne postanowienia są mniej istotne. (...)

Zgodnie z przepisem art. 57 ust. 2 PZP — do ofert wstępnych przepisy art 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP stosuje się odpowiednio. Mając na uwadze powyższe, wolą ustawodawcy było, aby przepisów dotyczących odrzucania ofert nie stosowało się do ofert wstępnych wprost, ale odpowiednio (a więc ze stosownymi modyfikacjami, biorąc pod uwagę właściwość trybu, jakim jest tryb negocjacyjny).”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty wstępnej odwołującego,
- 2) przeprowadzenia ponownego badania ofert wstępnych,
- 3) z ostrożności procesowej - na wypadek gdyby zamawiający zaprosił do negocjacji pozostałego wykonawcę - unieważnienia czynności zaproszenia do negocjacji,
- 4) z ostrożności procesowej - na wypadek gdyby zamawiający zaprosił pozostałego wykonawcę do składania ofert - unieważnienia czynności zaproszenia do składania ofert,
- 5) z ostrożności procesowej - na wypadek gdyby zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2020 r. wykonawca Control Process EPC2, ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 3 lipca 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa wysokosprawnego układu kogeneracyjnego CHP (ang. Combined Heat and Power), produkującego energię elektryczną oraz ciepło technologiczne na potrzeby Kopalni Ropy Naftowej i Gazu Ziemnego Dębno. Realizacja przedmiotowego zadania inwestycyjnego uwzględniać będzie swym zakresem również budowę dodatkowych elementów infrastruktury elektroenergetycznej, niezbędnej do wykonania, celem zasilania w energię elektryczną oraz ciepłą instalacji istniejących oraz planowanych do wybudowania i modernizacji na terenie Ośrodka Centralnego Barnówko (dalej OC Barnówko), w ramach realizacji innych zadań.

Zamawiający wskazał w siwz:

5.2. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych.

15.2. Oferty wstępne i oferty Wykonawcy składają na dokumencie odpowiadającym treścią odpowiedniemu załącznikowi do SIWZ.

15.3. Oferty wstępne i oferty będą mogli składać wyłącznie Wykonawcy zaproszeni do składania ofert wstępnych lub ofert.

15.4. Treść oferty wstępnej lub oferty winna odpowiadać treści SIWZ.

15.5. Zamawiający odrzuci:

15.5.1. Ofertę wstępną w przypadku zmaterializowania się co najmniej jednej z przesłanek odrzucenia określonych w art. 89 ust. 1 pkt. 1) - 3), 5), 8) ustawy Pzp, tj. jeżeli oferta wstępna:

- jest niezgodna z Ustawą,
- jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy,
- jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- została złożona przez Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert wstępnych

- lub wykluczonego z postępowania,
- jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.
- 15.5.2. Ofertę w przypadku zmaterializowania się co najmniej jednej z przesłanek odrzucenia określonych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.
- 15.7. Oferta wstępna musi zawierać co najmniej:
- 15.7.1. wypełniony formularz „Oferta wstępna”, który stanowi załącznik nr 3 do SIWZ;
 - 15.7.2. formularz cenowy, którego wzór stanowi załącznik nr 10 do SIWZ;
 - 15.7.3. tabelę, określającą proponowane urządzenia planowane do zabudowania w ramach zadania, której wzór stanowi załącznik nr 9 do SIWZ;
- 15.8. Oferta musi zawierać co najmniej:
- 15.8.1. wypełniony formularz „Oferta”, który stanowi załącznik nr 3 do SIWZ;
 - 15.8.2. dowód wpłaty wadium;
 - 15.8.3. formularz cenowy, którego wzór stanowi załącznik nr 10 do SIWZ.
 - 15.8.4. tabelę, określającą proponowane urządzenia planowane do zabudowania w ramach zadania, której wzór stanowi załącznik nr 9 do SIWZ;
- 1.13. Wykonawca składa tylko jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jedną ofertę wstępną i jedną ofertę. W ofercie może być zaoferowana tylko jedna cena.
- 3.1. Zamawiający zaprosi do negocjacji wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu.
- 3.4. Zamawiający przeprowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego.
- 3.7. Po zakończeniu negocjacji Zamawiający doprecyzuje lub uzupełni SIWZ wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. Zmiany nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia.
- 5.7. Zamawiający zastrzega możliwość udzielenie zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez przeprowadzenia negocjacji, o ile cena oferty wstępnej uznanej za najkorzystniejszą (na podstawie kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ) nie przekroczy kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, a oferta wstępna nie podlega odrzuceniu, w szczególności spełnia wymagania Zamawiającego określone w treści SIWZ.

W pkt 4.4.2. specyfikacji technicznej zamawiający wskazał m.in., że: „Wszystkie transformatory (15/U_{CHP}kV, 15/0,4kV) muszą spełniać poniższe wymagania: Fabrycznie nowe transformatory w wykonaniu specjalnym, wykonane zgodnie z normą IEC 60076-11 w technologii rowingowej (resibloc), w izolacji żywicznej wzmocnionej włóknem szklanym >80%, (technologia próżniowa wykonania uzwojeń transformatora nie jest traktowana przez zamawiającego jako równoważna)”.

Pięciu wykonawców złożyło wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dwóch spośród nich: odwołujący i przystępujący, zostało zaproszonych do złożenia ofert wstępnych.

W ofercie wstępnej odwołujący zaoferował m.in.:

Transformatory	ABB	TZE 7500/15, 15,75/11,5kV Dyn5, AN, Al/Al TZE 2000/15, 15,75/0,4kV Dyn5, AN, Al/Al TZE 1000/15, 15,75/0,4kV Dyn5, AN, Al/Al
	Legrand	GREEN T.HE 7500/15/11,5 GREEN T.HE 2000/15/0,4 GREEN T.HE 1000/15/0,4

Pismem z dnia 05.03.2020 r., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zwrócił się o udzielenie szczegółowych wyjaśnień m.in. w następującym zakresie:

- a) dlaczego w treści oferty wyspecyfikowano transformatory dwóch producentów?
- b) w oparciu o którego producenta transformatorów została przygotowana oferta wstępna?
- c) czy transformatory Legrand Green T.HE oraz ABB TZE wykonane zostały w technologii rowingowej (resibloc), a jeżeli tak to pod jakim publicznie i powszechnie dostępnym adresem internetowym dostępne są informacje od producenta, które mogłyby to potwierdzić?

Zamawiający podkreślił również, że zgodnie z pkt. 5.2 siwz nie dopuścił składania ofert wariantowych. Ponadto dodał, że: „Zgodnie z pkt. 4.4.2 Specyfikacji technicznej, która jest załącznikiem nr 1 do Projektu Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, Zamawiający wymagał zaoferowania transformatorów wykonanych zgodnie z normą IEC 60076-1 w technologii rowingowej (resibloc), w izolacji żywicznej wzmocnionej włóknem szklanym >80%. Natomiast - zgodnie z wiedzą Zamawiającego - proponowane przez Państwa transformatory Legrand Green T.HE wykonane są w technologii zalewania próżniowego, a Zamawiający jednoznacznie wskazał, że technologia próżniowa wykonania uzwojeń transformatora nie jest traktowana przez Zamawiającego jako równoważna. Ponadto Zamawiający w pkt 4.4 ppkt 4.4.2, 4.4.5 oraz 4.4.7. Specyfikacji technicznej, sprecyzował wymagania odnośnie co najmniej 4 (w zależności od projektu) transformatorów, natomiast Tabela zawiera informacje o 3 modelach/typach transformatorów producenta ABB i 3 modelach/typach transformatorów producenta Legrand”.

W odpowiedzi odwołujący wyjaśnił, że wskazane zostały transformatory dwóch producentów: ABB jako urządzenia podstawowe oraz Legrand jako rozwiązanie alternatywne

stanowiące przedmiot do ewentualnych negocjacji z Zamawiającym. Dodał, że transformatory firmy ABB są zgodne z siwz i poprosił, aby uwzględnić je przy dokonywanej ocenie urządzenia. Natomiast „transformatory Legrand (w technologii zalewania próżniowego) zostały przedstawione jako rozwiązanie alternatywne. Ten typ transformatorów, pomimo odmiennej technologii wykonania, posiada jednakże szereg zalet, które chcieliśmy przedstawić Zamawiającemu na etapie negocjacji. Wykazane zostały trzy typy transformatorów, ponieważ do zasilania rozdzielni 0,4 kV (TZE 2000/15) przewiduje się zastosowanie dwóch transformatorów tego samego typu. (...) Wykonawca przewiduje ich ewentualne zastosowanie jedynie w przypadku, gdy w drodze negocjacji, Zamawiający dopuści tego typu technologię”.

Podsumowując, odwołujący wskazał, że „w naszej ocenie złożona oferta wstępna nie nosi znamion oferty wariantowej, ponieważ nie przewiduje wykonania zamówienia w sposób odmienny niż określony został przez Zamawiającego. Wykazania urządzeń dwóch producentów, nie można traktować jako rozwiązania wariantowego, lecz wskazanie alternatywnych rozwiązań do rozważenia przez Zamawiającego na etapie negocjacji. Podkreślamy raz jeszcze, iż ofertę należy oceniać w oparciu o (...) transformatory ABB. Ponadto, pragniemy zauważyć, że złożona przez nas oferta wstępna zawiera jedną, ryczałtową wartość, która nie jest uzależniona od doboru urządzenia danego producenta”.

W dniu 9 kwietnia 2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wstępnej odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał w szczególności: „W ocenie Zamawiającego zachodzi podstawa do odrzucenia oferty wstępnej Konsorcjum, z uwagi na fakt, iż Wykonawca faktycznie złożył dwie oferty w zakresie oferowanych transformatorów w ramach wykonania przedmiotu zamówienia publicznego: ofertę podstawową – zgodną z postanowieniami Specyfikacji Technicznej - oraz ofertę alternatywną – oferującą odmienny od określonego przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego w przywołanym powyżej zakresie. (...) Zatem w tym zakresie podstawę odrzucenia oferty wstępnej stanowi art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp. Ponadto w ocenie Zamawiającego oferta pozostaje w sprzeczności również z postanowieniami SIWZ (pkt 5.2.), bowiem Zamawiający nie dopuszczał składania ofert wariantowych, a ofertę Konsorcjum w zakresie odmiennej niż przewidziana w SIWZ technologii zaoferowanych transformatorów można uznać za ofertę wariantową. Zatem zachodzi również podstawa odrzucenia oferty wstępnej z art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp. (...)

Natomiast oferta wstępna Konsorcjum oferuje zarówno transformatory, które są zgodne z wymogami Specyfikacji Technicznej (wykonane zgodnie z normą IEC 60076-11 w technologii rowingowej (resibloc)), jak również transformatory w technologii próżniowej wykonania uzwojeń transformatora. W odniesieniu do tej drugiej technologii Zamawiający nie

traktuje jej jako równoważnej wobec opisanej w SIWZ. Zatem druga ze wskazanych technologii pozostaje w sprzeczności z postanowieniami SIWZ (...) Dodać należy, że oferta wstępna nie precyzuje, które z zaproponowanych urządzeń jest objęte ofertą podstawową, a które ofertą alternatywną, i dopiero wyjaśnienia Konsorcjum wskazują tę okoliczność (...) Wobec powyższego, w istocie zachodzi okoliczność złożenia dwóch ofert, co pozostaje w sprzeczności z art. 82 ust. 1 Pzp (...)

Złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (...) w istocie nie mogły prowadzić do konwalidacji złożonego oświadczenia woli w postaci oferty wstępnej, bowiem prowadziłyby to do ingerencji w treść oferty, do jej zmiany, poprzez ograniczenie jej treści tylko do oferowanego sposobu wykonania zamówienia, zgodnego z SIWZ (zawężenie oświadczenia Konsorcjum co do oferowanego przedmiotu zamówienia). Potwierdzeniem powyższego jest choćby następujące sformułowanie w treści złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień: »W związku z tym, Zamawiający ma uwzględnić ww. transformatory przy dokonywanej ocenie ofert.« (...)

Biorąc powyższe pod uwagę wskazuję, że dopuszczenie wyjaśnień Konsorcjum, które po otwarciu ofert precyzować miały w istocie treść oferty, pozostawałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych. (...)

Należy również zwrócić uwagę na kwestię możliwości negocjowania i jego zakresu, w okolicznościach sprawy, a to z tego względu, że Wykonawca podkreślał, że alternatywnego producenta transformatorów prezentuje na potrzeby prowadzenia z Zamawiającym negocjacji. Jednakże biorąc pod uwagę konkretne założenia i wymogi Zamawiającego co do technologii tych urządzeń, należało założyć, że tego rodzaju okoliczność w ogóle nie miała podlegać negocjacjom w toku postępowania (po złożeniu oferty wstępnej). Zamawiający jednoznacznie podkreślił, że nie dopuszcza jako równoważnych w stosunku do wymogów określonych w SIWZ innej technologii w odniesieniu do transformatorów, jak tylko technologii rowingowej (resibloc), w izolacji żywicznej wzmocnionej włóknem szklanym >80%. Z tego zastrzeżenia można więc wnosić, iż te elementy opisu przedmiotu zamówienia są dla Zamawiającego szczególnie istotne, co prowadzi do konkluzji, iż Zamawiający wyłączył możliwość prowadzenia z wykonawcami jakichkolwiek negocjacji w powyższym zakresie, i konieczne było zaoferowanie wymaganej przez niego technologii.

Wprawdzie Zamawiający wskazywał w SIWZ, że przeprowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego (pkt. 17.4. SIWZ), to jednak wskazywał również, że zmiany SIWZ po przeprowadzonych negocjacjach nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia (pkt 17.7. SIWZ). Dodatkowo Pzp wskazuje, że celem negocjacji powinno być tylko doprecyzowanie lub uzupełnienie

opisu przedmiotu zamówienia albo doprecyzowanie lub uzupełnienie projektu umowy udostępnionego wykonawcom wraz ze specyfikacją (Zgodnie z art. 58 ust. 2 Pzp). W trakcie negocjacji nie jest możliwe dokonywanie zmiany minimalnych wymagań określonych w ogłoszeniu oraz kryteriów oceny ofert (art. 58 ust. 2c Pzp). (...)

Z uwagi na przedstawione powyżej argumenty Zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty wstępnej złożonej przez Konsorcjum”.

Pismem z dnia 23.04.2020 r. zamawiający zaprosił przystępującego do negocjacji, jednak do terminu rozprawy nie zostały one przeprowadzone.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

W pierwszej kolejności należy przytoczyć przepisy mające zastosowanie w przedmiotowej sprawie:

Zgodnie z art. 57 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3. Przepisy art. 82-84, art. 89 ust. 1 pkt 1-3, 5 i 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2-4 stosuje się odpowiednio.

Zgodnie z art. 58 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wskazując termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 82 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, wykonawca może złożyć jedną ofertę, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 83 ust. 1 zdanie drugie. Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 83 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, zamawiający może dopuścić lub wymagać złożenia oferty wariantowej. Ofertę wariantową wykonawca składa łącznie z ofertą, o której mowa w art. 82 ust. 1, jeżeli zamawiający tego wymaga. Oferta wariantowa musi spełniać minimalne wymagania określone przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy Pzp, ilekroć w ustawie jest mowa o ofercie wariantowej - należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również:

4) opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe wraz z wybranymi kryteriami oceny, jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza ich składanie.

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 negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą,
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty wstępnej odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, należy zauważyć, że odwołujący wskazał w ofercie 2 rodzaje transformatorów, wykonywanych w dwóch różnych technologiach. Tymczasem zamawiający wymagał wskazania tylko jednego rodzaju transformatora wykonywanego w konkretnej technologii. Wskazanie zatem dwóch transformatorów w dwóch technologiach nie jest niczym innym, jak złożeniem w tym zakresie dwóch ofert wstępnych. Nie można przy tym zgodzić się z odwołującym, że wskazanie transformatorów firmy Legrand stanowiło jedynie propozycję do negocjacji. Po pierwsze, w samej ofercie wstępnej nie ma żadnej informacji, jakoby odwołujący składał zamawiającemu jakąkolwiek propozycję negocjacyjną. Oba rodzaje transformatorów są w ofercie (w tabeli stanowiącej załącznik nr 9) wymienione w identyczny sposób jako oferowany przedmiot zamówienia. Po drugie, dopiero w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w którym zamawiający przypomniał o zakazie składania ofert wariantowych i stosowania technologii próżniowej, odwołujący wskazał, że transformatory Legrand zostały wymienione jako „rozwiązanie alternatywne stanowiące przedmiot do ewentualnych negocjacji z Zamawiającym”,

a zamawiający ma uwzględnić do oceny transformatory ABB. Tym samym dopiero w wyjaśnieniach odwołujący zajął stanowisko, zgodnie z którym z dwóch wskazanych w ofercie wstępnej transformatorów, jeden ma być uwzględniony do oceny oferty, a drugi stanowi propozycję wyjściową do mających się odbyć negocjacji. Należy jednak zauważyć, że w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zakazane jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. Tymczasem uwzględnienie wyjaśnień odwołującego prowadziłoby do sytuacji, w której treść oferty wstępnej uległaby zmianie poprzez pozostawienie do oceny jednego transformatora i wyeliminowanie z tej oceny drugiego, który miałby zostać uznany nie za treść oferty, ale za „propozycję negocjacyjną”. Abstrahując od faktu, że ustawa Pzp nie zna pojęć ani czynności polegających na składaniu „propozycji negocjacyjnych” w ofertach, przede wszystkim należy stwierdzić, że z samej oferty wstępnej w żaden sposób nie wynika, by każdy z transformatorów miał być oferowany na innych zasadach, a jak wskazano już wyżej, wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie mogą w tym zakresie prowadzić do zmiany oferty.

Tym samym z powyższych ustaleń wynika, że odwołujący złożył w zakresie transformatorów dwie oferty wstępne, co zgodnie z art. 82 ust. 1 w zw. z art. 57 ust. 2 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne i stanowi podstawę do odrzucenia ofert w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii odrzucenia oferty wstępnej odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, należy przede wszystkim przypomnieć, że w pkt 4.4.2. specyfikacji technicznej zamawiający wskazał, że transformatory muszą być wykonane w technologii rowingowej (resibloc), a technologia próżniowa nie jest traktowana jako równoważna. Wbrew argumentacji odwołującego, ww. postanowienie jest jasne, gdyż jednoznacznie z niego wynika, że zamawiający nie uzna technologii próżniowej za zgodną z siwz. W świetle przepisów ustawy Pzp zgodność przedmiotu zamówienia z siwz może być co do zasady rozważana w trzech sytuacjach: albo przedmiot zamówienia jest wprost zgodny z siwz, albo jest równoważny wymaganiom zamawiającego, co w efekcie także oznacza, że jest zgodny z siwz albo jest niezgodny. Jeżeli zamawiający wskazał, że technologia próżniowa nie będzie uznana za równoważną, to nie może to być rozumiane inaczej, niż w ten sposób, że nie będzie ona uznana za zgodną z siwz.

Natomiast odwołujący w ofercie wstępnej obok transformatorów ABB wykonanych w technologii rowingowej, zaoferował także transformatory Legrand wykonane w technologii próżniowej. Jak już wskazano wyżej, niedopuszczalne jest złożenie dwóch ofert wstępnych, ale przede wszystkim w tym miejscu należy stwierdzić, że druga z tych ofert, w zakresie transformatorów Legrand, była także niezgodna z siwz, gdyż transformatory te zostały wykonane w niedopuszczonej w niniejszym postępowaniu technologii próżniowej. Oferta

wstępna odwołującego w zakresie transformatorów wykonanych w technologii próżniowej podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyższych ustaleń nie zmienia fakt, że mamy w tej sprawie do czynienia z trybem negocjacji z ogłoszeniem i z ofertą wstępną. W szczególności słowa: „wstępna”, na gruncie przepisów ustawy Pzp, nie należy rozumieć jako „dowolna”. Zarówno z art. 57 ust. 2, jak i z art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, wynika, że zamawiający ma obowiązek ocenić ofertę wstępną także pod kątem jej odrzucenia na podstawie m.in. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Zatem oferta taka musi odpowiadać określonym rygorom wynikającym z przepisów ustawy Pzp oraz z siwz, a co za tym idzie – nie może być kształtowana dowolnie z założeniem, że jej istotne postanowienia będą jeszcze negocjowane. Zarówno dopuszczalność złożenia tylko jednej oferty (z wyjątkiem oferty wariantowej, która w tym postępowaniu nie została dopuszczona), jak i wymóg zgodności oferty z siwz, jest regułą wyraźnie wskazaną w art. 82 ustawy Pzp, który ma też zastosowanie do ofert wstępnych (art. 57 ust. 2 ustawy Pzp). Składając ofertę wstępną wykonawca musi zatem uwzględnić m.in. ww. reguły, a fakt, że po składaniu ofert wstępnych odbędzie się etap negocjacji, nie zwalnia go z tego obowiązku. Po to bowiem zamawiający udostępnia wykonawcom siwz, także zapraszając do składania ofert wstępnych, aby następnie wykonawcy ci uwzględnili wymagania w niej zawarte. Skoro zatem w przedmiotowej sprawie zamawiający nie dopuścił stosowania technologii próżniowej, to oferta, w której wskazano transformatory w takiej technologii, nie może być uznana za zgodną z siwz, bez względu na to, czy jest ofertą wstępną, czy ostateczną i czy postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacyjnym.

Nie można także zgodzić się z argumentacją odwołującego, zgodnie z którą zakładał on możliwość negocjowania technologii wykonania transformatora, dlatego zaoferował także transformatory w technologii próżniowej. Odwołujący twierdzi, że opierał swoje założenie na fakcie, że zamawiający wymagał dołączenia tabeli określającej oferowane urządzenia (załącznik nr 9) zarówno do oferty wstępnej, jak i do oferty ostatecznej, co miałyby oznaczać, że w ofercie ostatecznej dopuszczalna byłaby zmiana w tym zakresie w stosunku do oferty wstępnej. Po pierwsze, jak wyżej wskazano, zamawiający wyraźnie poinformował w siwz, że technologia próżniowa nie będzie uznana za równoważną do wymaganej rowingowej, co oznacza, że nie zamierzał uznać jej za zgodną z siwz. Tym samym, bez względu na zakres przyszłych negocjacji, na etapie składania oferty wstępnej wykonawca zobowiązany był zaoferować transformatory zgodne z siwz. Po drugie, w myśl art. 58 ust. 2 ustawy Pzp (i pkt 3.4. siwz) zamawiający prowadzi negocjacje jedynie w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy. Nawet jeśli technologia

wykonania transformatora zostałyby objęta przedmiotem negocjacji i w ich wyniku doszłoby do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia w siwz o technologię próżniową, to dopiero w ofercie ostatecznej wykonawca byłby uprawniony do zaoferowania transformatorów w takiej technologii. Odwołujący nie miał natomiast do tego podstaw w ofercie wstępnej, gdyż w siwz przekazanej wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych takiej technologii nie dopuszczono. Po trzecie, sam wymóg dołączenia do obu ofert (wstępnej i ostatecznej) tabeli określającej oferowane urządzenia, nie stanowi wystarczającej podstawy do założenia, że celem zamawiającego jest negocjowanie m.in. technologii transformatorów i ewentualne dopuszczenie technologii próżniowej. W szczególności zamawiający nigdzie nie wskazał, po co wykonawcy mają złożyć ww. tabelę dwukrotnie, jak też odwołujący go o to nie pytał. Tym samym nie istniały żadne jednoznaczne informacje w tym zakresie. Domniemanie odwołującego nie było więc oparte na żadnych uzasadnionych podstawach i w związku z tym nie powinno prowadzić do zignorowania jednoznacznego postanowienia siwz o niedopuszczalności stosowania technologii próżniowej. Generalnie zresztą wykonawca nie powinien kształtować swojej oferty w oparciu o domniemanie, ale w oparciu o postanowienia dokumentacji postępowania, korzystając w razie wątpliwości z możliwości zadawania zamawiającemu pytań. Argumentacja odwołującego nie stanowi zatem podstawy do uznania, że zamawiający niezasadnie odrzucił jego ofertę wstępną na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie można też zgodzić się z odwołującym, że stosując art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp „odpowiednio” (art. 57 ust. 2 ustawy Pzp) zamawiający powinien powstrzymać się od odrzucenia ofert wstępnych. Jak wskazano już wyżej, oferta wstępna nie może być składana w oderwaniu od wymagań wynikających z siwz i ustawy Pzp. Nie można wykluczyć, że w jakichś innych konkretnych stanach faktycznych, przede wszystkim z uwagi na określone postanowienia siwz, stosowanie ww. przepisów „odpowiednio” pozwoliłoby zamawiającemu nie odrzucić oferty wstępnej. Jednakże w niniejszej sprawie ani przepisy ustawy Pzp, ani postanowienia siwz, nie dają podstaw do takiego zaniechania. Wymogi złożenia tylko jednej oferty wstępnej, zgodności oferty z siwz oraz niestosowania technologii próżniowej zostały jasno wyrażone w art. 82 w zw. z art. 57 ust. 2 ustawy Pzp, punkcie 4.4.2. specyfikacji technicznej i punkcie 1.13 i 15.4. siwz. Stosowanie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp „odpowiednio” w sposób, w jaki chce tego odwołujący, prowadziłoby zatem do pominięcia jednoznacznych reguł obowiązujących w tym postępowaniu i w efekcie do naruszenia zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższych ustaleń, pozostająca przedmiotem sporu kwestia, czy złożona przez odwołującego oferta wstępna z transformatorami w technologii próżniowej jest ofertą wariantową, czy nie, nie ma już znaczenia dla oceny zasadności jej odrzucenia. Niemniej jednak Izba zwraca uwagę, że z art. 2 pkt 7 i art. 36 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że z ofertą wariantową mamy do czynienia wówczas, gdy jej złożenie i minimalne warunki zostały przewidziane w siwz. Z powyższego należałoby wywieść wniosek, że w sytuacji złożenia więcej niż jednej oferty albo oferty przewidującej odmienny od siwz sposób wykonania zamówienia, zastosowanie co do zasady znajdują art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, a nie przepisy dotyczące ofert wariantowych, jeśli zamawiający nie przewidywał ich złożenia. Tym samym nie każda „nadmiarowa” lub niezgodna z siwz oferta jest ofertą wariantową.

W przedmiotowej sprawie, jak wskazano wyżej, nie ma to jednak znaczenia dla stwierdzenia, że zamawiający zasadnie odrzucił oferty wstępne odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu, dlatego też postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący