

Sygn. akt: KIO 9/15

WYROK

z dnia 21 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 stycznia 2015 r.** przez wykonawcę **Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa stacji transformatorowej 110/20/10 kV „Pilchowice” w Pokrzywniku dla umożliwienia realizacji przez spółkę Tauron Ekoenergia Sp. z o.o. Strategicznego Projektu Inwestycyjnego pn. „Modernizacji Elektrowni Wodnej Pilchowice I”

prowadzonym przez **zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A. – Oddział w Jeleniej Górze**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Elektrycznych Robót Specjalistycznych ENERTEL S.A. z siedzibą w Kielcach – Lider konsorcjum oraz ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Tauron Dystrybucja S.A. – unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum firm **Przedsiębiorstwo Elektrycznych Robót Specjalistycznych ENERTEL S.A.** z siedzibą w Kielcach oraz **ZPUE S.A.** z siedzibą we Włoszczowej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A.** z siedzibą w **Krakowowi** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A.** na rzecz odwołującego **Elektrotim S.A.** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia sześć tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 2 stycznia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Tauron Dystrybucja S.A. Oddział w Jeleniej Górze (dalej „**Zamawiający**”) naruszeniu przepisów ustawy Pzp poprzez: (i) dokonania wyboru i nie wykluczenia oraz nie odrzucenia oferty: Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Elektrycznych Robót Specjalistycznych ENERTEL Spółka Akcyjna z siedzibą ul. Karskiego 11, 25-214 Kielce (lider konsorcjum) oraz ZPUE S.A., ul. Jędrzejowska 79C, 29-100 Włoszczowa (członek konsorcjum) – dalej („**Przystępujący**”), którego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ i ustawą, a zatem powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego jako oferta nie spełniająca wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ i ustawie; (ii) naruszenia interesu prawnego odwołującego poprzez wybór i nie odrzucenie oferty sprzecznej z ustawą i SIWZ co w związku z nieuzyskaniem zamówienia spowoduje szkodę po stronie odwołującego. Podkreślić należy, że oferta odwołującego jest druga co oznacza, że w razie odrzucenia oferty konsorcjum odwołujący może uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- (i) art 89 ust. 1 pkt. 1, 2, 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie odrzucenie oferty niezgodnej z ustawą i treścią SIWZ i niezachowanie zasad uczciwej konkurencji;
- (ii) naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- (iii) naruszenie art. 2 pkt. 5 oraz art. 91 ustęp 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie wybranie najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że wybrana oferta nie spełnia wymogów SIWZ oraz ustawy;
- (iv) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych, w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powoduje niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców;
- (v) naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, które nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust.3 ustawy prawo zamówień publicznych;

- (vi) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zmianę treści oferty oraz prowadzenie negocjacji z wykonawcą

Odwołujący wniósł o: (i) uwzględnienie odwołania mając na uwadze, że naruszenie przepisów miało istotny wpływ na wynik postępowania; (ii) unieważnienia wyboru oferty z dnia 24.12.2014 r.; (iii) powtórzenie czynności oceny merytorycznej dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu; (iv) wykluczenia Konsorcjum oraz odrzucenie jego oferty, które jest sprzeczna z treścią SIWZ i ustawą i powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego jako oferta nie spełniająca wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ i ustawie; (v) wybór oferty Odwołującego jako spełniającej warunki SIWZ i najkorzystniejszej oferty spośród nie odrzuconych ofert na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w SIWZ; (vi) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 9.12.2014r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących podwykonawcy. W odpowiedzi Wykonawca stwierdził, że rezygnuje z podwykonawcy i roboty będzie wykonywać samodzielnie. Wykonawca podał uzupełniony wykaz osób i oświadczył, że będzie wykonał przedmiot zamówienia bez podwykonawcy. Oznacza to, że w sposób oczywisty Przystępujący zmienił swoją ofertę na etapie wyboru oferty w sposób nieuprawniony, co w świetle ustawy prawo zamówień publicznych jest niedopuszczalne i powoduje konieczność odrzucenia oferty konsorcjum.

W ofercie złożonej przez Przystępującego wymagania techniczne, zgodnie z załącznikiem nr 9 do SWZ „Gwarantowane przez wykonawcę parametry techniczne podstawowych urządzeń i aparatów”, nie są spełnione. Zgodnie z zapisami programu funkcjonalno - użytkowego nr Z - 23101, określona w pkt. 2.2.1.4.1 i 2.2.1.4.2 podziałka połowa dla rozdzielnic SN (dla pól liniowych) powinna wynosić do 800mm oraz prąd znamionowy szyn zbiorczych min. 1600A. Załączone do oferty Wykonawcy karty katalogowe rozdzielnic SN (str. 32 i 33 oferty) nie wykazują zgodności parametrów z wymaganiami Zamawiającego, ponieważ podziałka połowa oferowanej rozdzielnic SN (karta 1-4) wynosi 1000mm oraz prąd znamionowy szyn zbiorczych dla pola liniowego jest mniejszy niż wymagany i wynosi 1250 A.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, oferta Przystępującego nie pełni wymagań SIWZ i powinna zostać odrzucona. W przeciwnym wypadku zasadnym będzie zarzut nieuczciwej konkurencji ponieważ oprócz niezgodności z SIWZ, konsorcjum mogło przygotować ofertą odmienną cenowo od pozostałych podmiotów biorących udział w przetargu.

Odwołujący wskazał ponadto, że w dniu 31.12.2014r. Odwołujący uzyskał informację od Zamawiającego, że ten wezwał Przystępującego do uzupełnienia oferty poprzez dostarczenie karty katalogowej rozdzielnic SN spełniającej wymagania określone w SIWZ. Odwołujący nie otrzymał przedmiotowej informacji, mimo że badał ofertę Przystępującego w dniu 30.12.2014r. Jednocześnie z informacji otrzymanej od Zamawiającego (email z dnia 31.12.2014r.) wynika, że kartę katalogową otrzymał on po wyborze oferty. Jednocześnie art. 26 ust. 3 nie daje podstawy do żądania wymiany nieprawidłowej karty katalogowej ponieważ nie znajduje się ona w rozporządzeniu PREZESA RADY MINISTRÓW Z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - a tylko uzupełnienia takich dokumentów w związku z art. 25 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych może żądać zamawiający. Tym samym Zamawiający, wzywając Przystępującego potwierdził w piśmie z dnia 24.12.2014r., że oferta Konsorcjum jest sprzeczna z SIWZ.

W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego nie może również mieć oparcia w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który mówi, że: 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.

Odwołujący wskazał również, że Przystępujący podał w swojej ofercie kilka cen. Wygrał przetarg ceną brutto 21.980.100,00 zł. Cena ta nie odpowiada sumie pozostałych dwóch cen ryczałtowych, które podało konsorcjum w swojej ofercie to jest: za opracowanie dokumentacji kwota brutto 738.000,00 oraz za wykonanie robót budowlano montażowych kwotę brutto 20.000.000,00 zł co daje w sumie kwotę brutto 20.738.000,00 zł, a nie kwotę brutto 21.980.100,00 zł. Oznacza to, że oferta konsorcjum obarczona jest błędem w obliczeniu ceny, który to błąd nie został usunięty i jako taki nie może być usunięty ponieważ wymagałoby to zmiany oferty cen konsorcjum oraz prowadzenie negocjacji z Przystępującym. Oznacza to również, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ ponieważ zamawiający wymagał podania jednej ceny.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczt materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2014/S 190 – 335729 z dnia 3 października 2014 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) protokół postępowania

przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (iii) ofertę Przystępującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iv) wezwanie Zamawiającego z dnia 9 grudnia 2014 r oraz pismo Przystępującego z dnia 19 grudnia 2014 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień; (v) korespondencję e – mailową przesłaną przez Przystępującego do Zamawiającego w dniu 23 grudnia 2014 r., wezwanie Zamawiającego z dnia 24 grudnia 2014 r. do uzupełnienia dokumentów oraz korespondencję e – mailową Przystępującego z dnia 24 grudnia 2014 r. na okoliczność ustalenia daty złożenia właściwej karty katalogowej; (vi) korespondencję e - mailową z dnia 31 grudnia 2014 r. na okoliczność ustalenia, iż w aktach postępowania udostępnionych Przystępującemu w dniu 30 grudnia 2014 r. nie był właściwej karty katalogowej oraz korespondencji e- mailowej z dnia 23 oraz 24 grudnia 2014 r.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa stacji transformatorowej 110/20/10 kV „Pilchowice” w Pokrzywniku dla umożliwienia realizacji przez spółkę Tauron Ekoenergia Sp. z o.o. Strategicznego Projektu Inwestycyjnego pn. „Modernizacji Elektrowni Wodnej Pilchowice I”.

W Rozdziale VIII, pkt 16 SIWZ Zamawiający wskazał, że jeśli wykonawca wykazuje spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez poleganie na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia, wykonawca winien przedłożyć w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w pkt 2 – 7 powyższego pkt SIWZ.

W Rozdziale XIII, pkt 1.9 SIWZ Zamawiający wskazała, iż oferta winna zawierać wykaz określonych urządzeń, które będą użyte do realizacji zamówienia wraz z kartami katalogowymi określającymi ich podstawowe parametry oraz producenta. Wśród wymaganych urządzeń Zamawiający zamieścił rozdzielnicę 20kV wraz z zastosowanymi wyłącznikami.

Izba ustalił, że Przystępujący w treści złożonej oferty wskazał, iż w trakcie realizacji zamówienia będzie korzystał w podwykonawcy. Wraz z ofertą załączył oświadczenie, iż przy pomocy podwykonawcy – Przedsiębiorstwa Projektowania i Realizacji Inwestycji ELMEL Sp. z o.o. wykona część projektu technicznego – konstrukcje budowlane, obwody pierwotne WN, drogi, instalacje sanitarne.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 9 grudnia 2014 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do przedłożenia dokumentów wymaganych w Rozdziale VIII, pkt 2 – 7 w stosunku do wskazanego

w treści oferty podwykonawcy tj. Przedsiębiorstwa Projektowania i Realizacji Inwestycji ELMEL Sp. z o.o.

Pismem z dnia 19 grudnia 2014 r. Przystępujący wyjaśnił, że z uwagi na brak dostarczenia, na jego wezwanie, przez podwykonawcę – Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji ELMEL Sp. z o.o. kompletu dokumentów wymaganych w pkt 2 – 7 ust. VIII SIWZ, w oparciu o przepisy art. 36b ust. 2 ustawy Pzp rezygnuje z udziału tego podwykonawcy w realizacji zamówienia. Jednocześnie Przystępujący oświadczył, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przystępujący załączył wykaz osób, które będą uczestniczyć w postępowaniu. Wskazał również, że na dzień złożenia oferty samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego oraz osobowego. Podwykonawca był przewidziany w udziale w niewielkim zakresie ze względu na interes ekonomiczny oraz planowanie wykorzystania pracowników do innych zadań.

Izba ustaliła, że w dniu 23 grudnia 2014 r. Przystępujący wysłał e - maila do Zamawiającego na adres kontaktowy wskazany w SIWZ z informacją, że do jego oferty została załączona błędna karta katalogowa producenta rozdzielnic SN. Przystępujący załączył prawidłową kartę katalogową.

Pismem z dnia 24 grudnia 2014 Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia właściwej karty katalogowej faksem wraz z potwierdzeniem na piśmie, z terminem na dzień 10:00 tego samego dnia. Izba ustaliła, że o godzinie 10:13 Przystępujący potwierdził drogą e – mailową otrzymanie pisma Zamawiającego i wskazał, że ze względu na trudności z wysłaniem faksu, załącza scany żądanych dokumentów. Potwierdzenie pisemne dokumentów przesłanych e – mailowo wpłynęło do Zamawiającego w dniu 29 grudnia 2014 r. (data prezentaty na treści pisma).

Izba ustaliła, że akta postępowania przetargowego zostały udostępnione Odwołującemu w dniu 30 grudnia 2014 r. W aktach sprawy znajduje się e - mail z dnia 31 grudnia przesłany przez Zamawiającego do Odwołującego, w którym Zamawiający informuje Odwołującego, iż z uwagi na brak wiedzy, iż taki dokument (tj. karta katalogowa rozdzielnic SN oferowanej przez Przystępującego) wpłynął nie zostały one przedstawione Odwołującemu w dniu 30 grudnia 2014 r.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 2 stycznia 2015 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Elektrycznych Robót Specjalistycznych ENERTEL S.A. z siedzibą w Kielcach – Lider konsorcjum oraz ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowej. Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Zarzut dotyczący podania kilku cen w ofercie Przystępującego

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Odwołujący argumentował, że w ofercie Przystępującego wskazanych zostało kilka cen, zaś suma ceny za opracowanie dokumentacji projektowej oraz za wykonanie robót budowlano - montażowych nie daje kwoty jaką Przystępujący wskazała w formularzu oferty. Oznacza to, że oferta Przystępującego zawierała błąd w obliczeniu ceny, który nie został usunięty i nie może być usunięty, gdyż powodowałoby to zmianę treści oferty i negocjacje z Zamawiającym.

Izba uznała powyższe stanowisko Odwołującego za niezasadne. W Rozdziale XIII SIWZ Zamawiający wskazał, że do oferty należy dołączyć wypełniony formularz wyceny, wg załącznika nr 2. Z kolei w pkt XV Zamawiający wskazał, że cena oferty musi być wyrażona w złotych polskich, musi zawierać wszystkie koszty i elementy związane z realizacją zamówienia oraz podatki. Wskazać dalej należy, że to co składa się na przedmiot zamówienia zostało wskazane w Rozdziale III SIWZ, gdzie oprócz wykonania dokumentacji projektowanej oraz wykonanie robót budowlano - montażowych, wskazane zostało również, że przedmiot zamówienia obejmuje zagospodarowanie wszystkich odpadów powstałych przy realizacji

przedmiotu umowy, wykonanie prób i pomiarów niezbędnych dla zgodnego z przepisami oddania do użytkowania modernizowanej infrastruktury elektroenergetycznej oraz zapewnienie wykonania edycji telemechaniki przez producenta systemu dyspozytorskiego.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż błędnie przyjął Odwołujący, aby cena wskazana w formularzu wyceny odpowiadać sumie kosztów za wykonanie dokumentacji projektowej oraz za wykonanie robót budowlano – montażowych. Ze SIWZ w sposób jednoznaczny wynika, że cena winna obejmować wszystkie koszty, a więc koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, który, jak Izba wskazała, obejmował również inne elementy niż te wskazane przez Odwołującego.

Dalej Izba zauważa, że w treści SIWZ Zamawiający nie zamieścił wymagania, że cena za wykonanie zamówienia winna być sumą kosztów prac związanych z wykonaniem dokumentacji projektowej oraz wykonaniem robót budowlano – montażowych. Odwołujący zdaje się wywodzić taką interpretację woli Zamawiającego z postanowień §4 wzoru umowy załączonego do SIWZ. W pkt 1 powyższego paragrafu umowy Zamawiający wskazał, że za wykonanie przedmiotu zamówienia ustala się wynagrodzenie ryczałtowe o wartości „X”, w tym: 1) opracowanie dokumentacji projektowej za cenę netto w wysokości; 2) wykonanie robót budowlano – montażowych. Słusznie wskazał Zamawiający, że użyte w treści umowy określenie „w tym” należy interpretować jako wskazanie najważniejszych elementów wynagrodzenia. Oczywiście jest, że skoro przedmiot zamówienia obejmuje swoim zakresem również inne elementy, wskazane w Rozdziale III SIWZ, to wykonawcy za ich realizację przysługiwać będzie wynagrodzenie. Okoliczność, że elementy te nie zostały wyspecyfikowane w §4 wynagrodzenia jest bez znaczenia, zwłaszcza wobec faktu, iż formularz wyceny przygotowany przez wykonawcę jest załącznikiem do umowy więc stanowi jej integralną część i podstawę do wypłaty wynagrodzenia za wykonanie usług tam wskazanych, nie zaś wyłącznie za wykonanie usługi projektowej i wykonania robót budowlano - montażowych. Co więcej w samej treści umowy brak jest jakichkolwiek zapisów wskazujących, że suma wynagrodzenia za wykonanie usługi opracowania dokumentacji projektowej oraz wykonania robót budowlano – montażowych winna stanowić sumę wynagrodzenia ryczałtowego. Gdyby, jak podnosił Zamawiający, w treści umowy został użyty zwrot „z tego” to mogłaby istnieć wątpliwość interpretacyjna czy na cenę ryczałtową za wykonanie zamówienia składają się inne elementy niż koszt opracowania dokumentacji projektowej oraz wykonania robót budowlano – montażowych. Skoro zaś Zamawiający użył zwrotu „ w tym”, reguły wykładni językowej nakazują uznać, że wskazane tam elementy wynagrodzenia nie stanowią wyczerpującego katalogu elementów wynagrodzenia należnego wykonawcy. Przyjęcie odmiennej interpretacji powodowałoby, że wykonawcy nie byłoby

należne wynagrodzenie za wykonanie elementów składowych zamówienia innych niż opracowania dokumentacji projektowej oraz wykonania robót budowlano – montażowych, co w ocenie Izby byłoby niedopuszczalne.

W konsekwencji Izba uznała, że powyższy zarzut nie potwierdził się. Oferta Przystępującego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, jest zgodna w powyższym zakresie z wymaganiami SIWZ, a tym samym brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający naruszył art. 87 oraz art. 89 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący karty katalogowej

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący argumentował, że Przystępujący załączył do oferty kartę katalogową rozdzielnic SN, które nie potwierdzała parametrów wymaganych przez Zamawiającego oraz, że Zamawiający otrzymał kartę katalogową po wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał również, że karta katalogowa nie podlegała uzupełnieniu, gdyż powodowałoby to zmianę oferty oraz, że nie znajduje się ona w katalogu dokumentów wskazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich można żądać zamawiającego od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane.

W ocenie Izby wszystkie powyższe argumenty należy uznać za chybione. Wskazać należy w pierwszej kolejności, że art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określanych przez zamawiającego. Zamawiający skorzystał w powyższego uprawnienie, wskazując w Rozdziale XIII, pkt 1.9 SIWZ, iż oferta winna zawierać wykaz określonych urządzeń, które będą użyte do realizacji zamówienia wraz z kartami katalogowymi określającymi ich podstawowe parametry oraz producenta. Wśród wymaganych urządzeń Zamawiający zamieścił rozdzielnicę 20kV wraz z zastosowanymi wyłącznikami. Bezsprzeczne jest więc, iż obowiązkiem wykonawcy było załączanie karty katalogowej rozdzielnic do oferty.

Dalej należy wskazać, że w orzecznictwie nie budzi wątpliwości fakt, że karty katalogowe mieszczą się w kategorii dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. (tak np. KIO 2479/13). Karta katalogowa nie stanowi bowiem o treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego, a służy jedynie na potwierdzenie parametrów technicznych oferowanego urządzenia. W konsekwencji niezłożenie lub złożenie karty katalogowej niepotwierdzającej parametrów wymaganych przez Zamawiającego zobowiązuje Zamawiającego do

zastosowania procedury wskazanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wystąpienia do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Za niezasadne należy uznać stanowisko Odwołującego, że uzupełnienie karty katalogowej stanowiłoby zmianę oferty. Skoro dokument ten nie stanowi o treści przeszłego zobowiązania umownego, a jest włącznie przedkładany na potwierdzenie określonych parametrów technicznych inaczej mówiąc – jest to dowód na potwierdzenie, że oferowana rozdzielnica posiada wymagane cechy, to bezpodstawne byłoby przyjęcie, że jego uzupełnienie powoduje zmianę treści złożonej oferty.

Niezasadne jest również stanowisko Odwołującego jakoby karta katalogowa nie podlegała uzupełnieniu, gdyż nie znajduje się ona w katalogu dokumentów wskazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane. Izba wskazuje, iż ustawodawca w §6 powyższego rozporządzenia określił wyłącznie przykładowy katalog dokumentów, których zamawiający może żądać w celu potwierdzenia wymaganych parametrów technicznych. Wyraz temu dał poprzez użycie zwrotu „w szczególności”. W konsekwencji okoliczność, iż karta katalogowa nie znajduje się w katalogu dokumentów zawartych w § 6 rozporządzenia jest bez znaczenia, gdyż ustawodawca w sposób jednoznaczny dopuścił możliwość żądania również innych niż zawarte w §6 dokumentów na potwierdzenie stawianych wymagań.

W ocenie Izby Odwołujący również nie udowodnił, że Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej nie był w posiadaniu właściwej karty katalogowej. Zaprzecza temu dokumentacja postępowania przekazania Izbie. Wskazać w tym zakresie należy, że w aktach postępowania znajduje się korespondencja e -mailowa z dnia 23 grudnia 2014 r., w której Przystępujący wskazuje, że do treści oferty załączył niewłaściwą kartę katalogową rozdzielnicy i w związku z tym przesyła właściwą kartę. Informacja ta wraz z kartą została przesłana w dniu 23 grudnia 2014 r. a więc przed dniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Okoliczność, iż uzupełnienie braków w dokumentacji ofertowej Przystępującego nastąpiło bez wezwania ze strony Zamawiającego jest bez znaczenia. Żaden przepis ustawy Pzp nie zakazuje wykonawcom samodzielnego informowania zamawiającego o błędach w przedłożonej dokumentacji ofertowej w zakresie dokumentów przedmiotowych wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ustawodawca wskazał wyłącznie, że zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych przed wykluczeniem go z postępowania przetargowego. Przepis ten jednak nie wprowadza zakazu samodzielnego uzupełnienia dokumentów przez wykonawców. Tym samym zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma

także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu. Zaznaczyć jednak należy, że wykonawca nie może wykorzystywać brak zakazu samodzielnego składania dokumentów w celu uzyskania możliwości uzupełnienia tego samego dokumentu więcej niż jeden raz.

Jak wynika z akt postępowania, Przystępujący samodzielnie uzupełnił dokumentację ofertową poprzez przesłanie w dniu 23 grudnia 2014 r. drogą e - mailową na adres mailowy osoby do kontaktu z wykonawcami wskazany w SIWZ właściwą kartę katalogową. Zamawiający wskazał podczas rozprawy, że z powodu wątpliwości czy wykonawca może samodzielnie uzupełniać dokumenty, wezwał Przystępującego w dniu 24 grudnia o godzinie 8:24 do przesłania faksem właściwej karty katalogowej nie później niż do godziny 10:00 wraz z potwierdzeniem na piśmie. E - mailem z godziny 10:13 Przystępujący potwierdził otrzymanie pisma i wskazał, że ze względu na trudności z wysłaniem faksu, przesyła drogą e - mailową scany dokumentów. Potwierdzenie pisemne wpłynęło w dniu 29 grudnia 2014 r. (data prezentaty na treści pisma).

W okolicznościach powyższych należało ustalić czy wpływ drogą e - mailową poprawnej karty katalogowej w dniu 23 grudnia 2014 r. uznać należy za skuteczne uzupełnienie brakujących dokumentów. W SIWZ Zamawiający wskazał bowiem, że oświadczenia, wnioski oraz informacje zamawiający oraz wykonawcy przekazują pisemne. Zamawiający dopuścił również przekaz powyższych informacji drogą faksową. Zamawiający wskazał również w Rozdziale X osobę upoważnioną do kontaktu z wykonawcami podając jej adres e - mailowy.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że uzupełnienie dokumentów przez Przystępującego w dniu 23 grudnia 2014 r. drogą e - mailowa nastąpiło z uchybieniem formy wymaganej przez Zamawiającego. Jednakże w ocenie Izby brak zachowania właściwej formy dostarczenia dokumentów nie uchybia skuteczności ich złożenia Zamawiającemu. Zamawiający potwierdził podczas rozprawy, że otrzymał w dniu 23 grudnia 2014 r. drogą e - mailowa właściwą kartę katalogową, a więc posiadał ją w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Okoliczność, że forma pisemna została dostarczona Zamawiającemu w dniu 29 grudnia 2014 r. nie uchybia skuteczności dostarczenia karty katalogowej w dniu 23 grudnia 2014 r. Zamawiający nie wskazał w jakim terminie forma pisemna winna być złożona Zamawiającemu wobec czego należy uznać, że pismo winno być złożone niezwłocznie. Przedłożenie formy pisemnej przez Przystępującego w dniu 29 grudnia 2014 r. Izba uznała jako spełniające wymóg niezwłoczności.

Dalej Izba zaznacza, że samodzielnie uzupełnienie dokumentów przez Przystępującego czyniło bezprzedmiotowym wezwanie Zamawiającego z dnia 24 grudnia 2014 r. Skoro

dokument ten był w jego posiadaniu, Zamawiający winien był go ocenić, nie zaś ponownie wzywać Przystępującego do jego złożenia. Jak Izba wskazał powyżej, ustawa Pzp nie zabrania wykonawcom samodzielnego uzupełnienia złożonych dokumentów ofertowych.

Izba uznała również, że wskazywana przez Odwołującego okoliczność jakoby korespondencja e - mailowa pomiędzy Przystępującym a Zamawiającym z dnia 23 i 24 grudnia nie znajdowała się w aktach postępowania w dniu jej udostępnienia Odwołującemu tj. w dniu 30 grudnia 2014 r. nie może stanowić podstawy do uwzględnienia podniesionego zarzut. Izba otrzymała dokumentację postępowania, w której znajdowała się zarówno informacja e - mailowa Przystępującego z dnia 23 grudnia 2014 r., wezwanie Zamawiającego z dnia 24 grudnia 2014 r. oraz e - mail Przystępującego z dnia 24 grudnia 2014 r. Izba wskazuje, że nieporządek w dokumentacji przetargowej Zamawiającego w momencie jej udostępnienia Odwołującemu nie może stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu Odwołującego. Nie ma bowiem podstaw do obarczania Przystępującego skutkami zaniedbań Zamawiającego. W aktach postępowania przetargowego Izba odnalazła wszystkie dokumenty, które rzekomo nie były udostępnione Odwołującemu, zaś Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie, że kwestionowane dokumenty zostały spreparowane po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zarzut Odwołującego za niezasadny. Izba nie znalazła podstawę do uznania, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący zmiany oferty - rezygnacja z podwykonawstwa

W ocenie Izby powyższy zarzut potwierdził się.

Istota sporu sprowadza się do rozstrzygnięcia czy Przystępujący miał prawo zrezygnować z udziału z podwykonawcy w realizacji zamówienia po złożeniu oferty i czy rezygnacja ta winna być uznana za niedopuszczalną zmianę oferty.

Wskazać w tym zakresie należy, że ustawa Pzp w art. 87 określa okoliczności, w jakich oferta złożona przez wykonawcę może ulec zmianie. Ustawodawca dopuścił możliwość poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca zakazał dokonywania jakichkolwiek innych zmian w treści oferty.

Izba wskazuje, że żaden z dopuszczalnych przez ustawodawcę wyjątków od generalnego zakazu dokonania zmian w ofercie nie ma zastosowania do oferty Przystępującego. Za bezsporny należy uznać fakt, iż wskazanie przez Przystępującego pierwotnie w treści oferty, iż będzie on korzystał z podwykonawcy w trakcie realizacji zamówienia nie było wynikiem omyłki pisarskiej. Przystępujący ani w korespondencji z Zamawiającym, w szczególności w piśmie z dnia 19 grudnia 2014 r. ani podczas rozprawy nie powoływał się na oczywistą omyłkę pisarską. Dalej należy wskazać, że drugi z wyjątków – tj. oczywista omyłka rachunkowa - nie ma zastosowania w przedmiotowym postępowaniu. W końcu trzeci z wyjątków – inna omyłka, która nie powoduje istotnej zmiany oferty – również nie może stanowić podstawy do dokonania zmiany w treści oferty Przystępującego. Przystępujący bowiem w toku postępowania przetargowego oraz postępowania odwoławczego nie powoływał się na omyłkę. Jak wyjaśnił w piśmie z dnia 19 grudnia 2014 r. zmiana oświadczenia złożonego w ofercie w zakresie podwykonawstwa była spowodowana tym, iż podwykonawca nie przedłożył wymaganych przez Zamawiającego dokumentów i w związku z tym Przystępujący zrezygnował z jego udziału w postępowaniu. Skoro więc w pierwotnej treści oferty Przystępującego nie wystąpiła omyłka, to brak jest podstaw do zastosowania wyjątku wskazanego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Dalej należy wskazać, że wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów przedmiotowym, nie może prowadzić do obejścia przepisów art. 87 tejże ustawy. Zależność obu wskazanych przepisów jest niewątpliwa i stosowanie procedury uzupełnienia braków w ofercie nie może służyć wykonawcom jako narzędzie do zmiany pierwotnie złożonych ofert. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym sporze. Zamawiający w sposób właściwy wezwał Przystępującego w dniu 19 grudnia 2014 r. do złożenia dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył oświadczenie, że rezygnuje z udziału podwykonawcy tj. firmy ELMEL Sp. z o.o., gdyż wykonawca ten nie przedłożył kompletu wymaganych w Rozdziale VIII, pkt 2 – 7 SIWZ dokumentów i będzie samodzielnie wykonywał zamówienia. Oświadczenie to w ocenie Izby stanowiło niedopuszczalną zmianę treści pierwotnie złożonej oferty. Przystępujący bowiem złożył nowe oświadczenie co do sposobu wykonania zamówienia. Uwzględnienie proponowanej przez Przystępującego zmiany było niedopuszczalne na tym etapie postępowania. Izby stoi bowiem na stanowisku, że oświadczenie wykonawcy co do sposobu wykonania zamówienia i korzystania bądź nie z podwykonawców w trakcie jego realizacji jest elementem złożonej oferty i zmiana w tym zakresie oznacza zmianę sposobu wykonania zamówienia i naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący decydując się na udział w postępowaniu, w tym na korzystanie z podwykonawców winien był przed złożeniem oferty podjąć wszystkie konieczne kroki do uzyskania niezbędnej dokumentacji wymaganej od podwykonawców. W przedmiotowym sporze Przystępujący złożył ofertę nie mając nawet pewności czy podwykonawca spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w Rozdziale VIII pkt 2 – 7 i w związku z tym czy będzie mógł użyczyć swego potencjału. Tymczasem jako profesjonalny przedsiębiorca winien zdawać sobie sprawę, iż jako uczestnika sformalizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiązą go określone regulacje ustawowe. Skoro Przystępujący zdecydował się wykonać zamówienia z udziałem podwykonawcy, bo było to dla niego korzystne ekonomicznie, a jego pracownicy zostali oddelegowani do realizacji innych zadań i dał temu wyraz w treści złożonej oferty, to niezasadnym w ocenie Izby byłoby dokonanie korekty w tym zakresie z powodu zmian w relacjach z podwykonawcą. Umożliwienie takiego działania prowadziłoby do paraliżu postępowania przetargowego, gdyż każdy z wykonawców mógłby zmieniać pierwotnie zadeklarowany sposób wykonania zamówienia powołując się na różnorodne okoliczności. Stałoby to w sprzeczności z zasadą wyrażoną przez ustawodawcę w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasadę niezmienności złożonych ofert.

Zamawiający argumentował, że zmiana w ofercie Przystępującego dotyczyła zaledwie trzech osób więc nie ma ona istotnego znaczenia dla wykonania zamówienia oraz, że Przystępujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Izba nie podziela argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego. Wskazać należy, że ustawodawca w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakazał dokonywania jakichkolwiek zmian w ofercie, poza wyjątkami wskazanymi w ust. 2, które, jak Izba wskazała powyżej, nie mają zastosowania do oferty Przystępującego. Ustawodawca nie rozróżnił więc w żaden sposób zmian istotnych bądź nieistotnych w treści złożonych ofert i nie uzależnił możliwości zmiany oferty od stopnia istotności proponowanej zmiany. Dalej wskazać należy, że skoro jak twierdzi Przystępujący samodzielnie spełnia warunku udziału w postępowaniu, nie było przeszkód, aby tak wskazał w pierwotnej treści swojej oferty. Ryzyko decyzji biznesowych winno być ponoszone przez wykonawcę. W przedmiotowym postępowaniu ryzyko to zmaterializowało się i skutkowało odrzuceniem oferty Przystępującego.

W konsekwencji Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym za zasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: