

WYROK
z dnia 2 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2012 r. przez **ELEKTROTIM S.A., 54 – 156 Wrocław, ul. Stargardzka 8** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakłady Remontowo Budowlane WAM Sp. z o.o., 02 – 004 Warszawa, ul. Tytusa Chałubińskiego 3A**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energy Investors S.A., 49-300 Brzeg, ul. Grobli 13, Energy Investors Sp. z o.o., 00-490 Warszawa, ul. Wiejska 12, Vidom Halina Grązka, 05-300 Mińsk-Mazowiecki, ul. Kościuszki 13/102, reprezentowanych przez Energy Investors Sp. z o.o., 00-490 Warszawa, ul. Wiejska 12, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. oddała odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **ELEKTROTIM S.A., 54 – 156 Wrocław, ul. Stargardzka 8, i**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ELEKTROTIM S.A., 54 – 156 Wrocław, ul. Stargardzka 8** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 – Zakłady Remontowo Budowlane WAM Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Zakład Terenowy Nr 1 w Nowym Dworze Mazowieckim prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest: „Przebudowa i rozbudowa budynku nr 124 (wentylacja, klimatyzacja i teletechnika) na potrzeby Centralnego Archiwum Wojskowego w Warszawie – Rembertowie.

W dniu 16 kwietnia 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energy Investors Sp. z o.o., (lider konsorcjum), Energy Investors S.A., (członek konsorcjum), Halina Grązka prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Vidom, (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Warszawie [dalej także, jako „konsorcjum Energy Investors”]. Tym samym pismem zamawiający poinformował wykonawców, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także „Pzp”], odrzucił ofertę wykonawcy Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu gdyż jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także jako „SIWZ”].

W dniu 20 kwietnia 2012 r., wykonawca Elektrotim S.A., wobec czynności odrzucenia jego oferty złożył odwołanie zarzucając zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, w ten sposób że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powoduje niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców,
- 2) naruszenie art. 2. pkt. 5 oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nie wybranie najkorzystniejszej oferty,
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty zgodnej z ustawa i treścią SIWZ.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności oceny merytorycznej dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wybór oferty odwołującego jako spełniającej warunki SIWZ i jako najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie odrzuconych na podstawie kryteriów oceny ofert określonych

w SIWZ.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż zamawiający nie wziął pod uwagę złożonych przez niego wyjaśnień dotyczących podwykonawców. Odwołujący jednoznacznie wskazał, że pod pojęciem podwykonawców rozumie podmiot, który będzie sprzedawcą w rozumieniu kodeksu cywilnego a tym samym nie można mówić o naruszeniu postanowień części III ust. 6 SIWZ. Ponadto w ocenie odwołującego, zamawiający nie wziął pod uwagę wyjaśnień z dnia 11 kwietnia 2012 r., w których wskazał, iż nie będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia podmiotu Savi Technologie Sp. z o. o., dlatego też wnosił o niebranie pod uwagę dokumentów dotyczących tego podmiotu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Zakłady Remontowo Budowlane WAM Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Zakład Terenowy Nr 1 w Nowym Dworze Mazowieckim prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Przebudowa i rozbudowa budynku nr 124 (wentylacja, klimatyzacja i teletechnika) na potrzeby Centralnego Archiwum Wojskowego w Warszawie – Rembertowie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 lutego 2012 r., pod pozycją 34198.

Zgodnie z treścią ust. 6 części III SIWZ zamawiający zastrzegł, iż wykonawca nie może powierzyć wykonania zamówienia podwykonawcom, ze względu na specyfikę prac wykonywanych na terenie jednostek wojskowych. Szczegółowe uzasadnienie stanowiska zamawiającego znalazło się w piśmie z dnia 17 lutego 2012 r., odpowiedzi na pytania wykonawców.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Konsorcjum: Stekop S.A. oraz Zakład Budowlany Stanisław Andrysiewicz na kwotę 14.843.960, 37 zł;
- 2) Elektrotim S.A. na kwotę 12.896.080,62 zł;
- 3) Konsorcjum: Cecom S.A. Centrum Badawczo-Produkcyjno-Uslugowe oraz Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane UNI-SAN Adam Miąskiewicz na kwotę 13.987.987,06 zł;
- 4) Konsorcjum: Energy Investors S. A., Energy Investors Sp. z o. o. oraz VIDOM Halina Grązka na kwotę 13.360.237,07 zł.

Ponadto Izba ustaliła, iż wykonawca Elektrotim S.A. w formularzu ofertowym w pkt. 11 zawarł oświadczenie, iż „(...) powierzamy podwykonawcom zakres oferowanego zamówienia:

- a) instalacja systemu gaszenia gazem (hydraulika i automatyka) – firma SAVI;
- b) pozostałe elementy robót sanitarnych – firma ECORES.”.

Wykonawca Elektrotim S.A., zawarł również w swojej ofercie zobowiązania firmy Ecores Sp. z o. o. oraz Savi Technologie Sp. z o. o. Z treści zobowiązania podmiotu Ecores Sp. z o. o. wynika, iż zobowiązuje się on do oddania do dyspozycji wykonawcy Elektrotim S.A. zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Z treści zobowiązania podmiotu Savi Technologie Sp. z o. o. wynika, iż zobowiązuje się on do wykonania jako podwykonawca firmy Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu instalacji systemu gaszenia gazem (części sanitarnej i teletechnicznej).

Izba ustaliła również, iż pismem z dnia 4 kwietnia 2012 r., zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie „(...) co wykonawca rozumie pod pojęciem podwykonawstwa, załączając jednocześnie zobowiązania tych podmiotów do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia?”. W odpowiedzi z dnia 11 kwietnia 2012 r., odwołujący wyjaśnił, iż „(...) pod pojęciem podwykonawstwa wykonawca rozumie sprzedaż materiałów i urządzeń niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotowej umowy o roboty budowlane. Oznacza to, że podwykonawcy w rozumieniu Elektrotim SA nie będą wykonywali robót podwykonawczych polegających na przebudowie i rozbudowie budynku, a jedynie będą sprzedawać określone materiały i urządzenia. Tym samym nie został naruszony zapis części trzeciej ust. 6 SIWZ.”.

Ponadto pismem z dnia 4 kwietnia 2012 r., zamawiający wezwał odwołującego m.in. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a dotyczących podmiotów, których zobowiązania odwołujący złożył w swojej ofercie.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący przedłożył dokumenty dotyczące podmiotu Ecores Sp. z o. o. W zakresie podmiotu Savi Technologie Sp. z o. o., odwołujący w piśmie z dnia 11 kwietnia 2012 r., stwierdził, że nie będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia tego podmiotu. Wskazał, iż podmiot ten został błędnie wskazany w formularzu ofertowym jako osoba trzecia (podwykonawca) udzielająca wiedzy i doświadczenia w zakresie przedmiotowego zamówienia. Czyniąc zadość wezwaniu jednocześnie odwołujący zwrócił się do zamawiającego z prośbą o nie branie pod uwagę załączonych dokumentów z uwagi na niekorzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu Savi Technologie Sp. z o. o.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odrzucił ofertę wykonawcy Elektrotim S.A. Jako podstawę odrzucenia zamawiający wskazał, iż wykonawca Elektrotim S.A. oświadczył w formularzu ofertowym, że powierzy część robót podwykonawcom, co jest niezgodne z

treścią postanowień SIWZ.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto, Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 19 kwietnia 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosiło Konsorcjum Energy Investors z siedzibą dla lidera w Warszawie stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron oraz uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia (złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo) i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

W pierwszej kolejności należało stwierdzić, iż działania zamawiającego objęte przedmiotowym odwołaniem należało uznać za prawidłowe i zgodne z przepisami Pzp. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Bezspornym jest, iż zamawiający zastrzegł, że wykonawca nie może powierzyć wykonania zamówienia podwykonawcom. W ocenie Izby nie budzi również wątpliwości oświadczenie odwołującego zawarte w ofercie, że powierza podwykonawcom Savi Technologie Sp. z o. o. oraz Ecores Sp. z o. o. zakres oferowanego zamówienia tj. odpowiednio instalację systemu gaszenia gazem oraz pozostałe elementy robót sanitarnych. Mając na względzie postanowienia SIWZ oraz biorąc pod uwagę treść oświadczenia z pkt 11 formularza oferty, zamawiający prawidłowo uznał, iż treść oferty odwołującego nie

odpowiada treści SIWZ. Niewątpliwie skoro zamawiający zastrzegł sposób wykonania przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawców, oferta uwzględniająca podwykonawców pozostaje w sprzeczności z zastrzeżeniem zamawiającego dotyczącym sposobu realizacji zamówienia. Na uwzględnienie nie zasługują również wyjaśnienia złożone przez odwołującego, iż podwykonawstwo należy rozumieć, jako sprzedaż materiałów i urządzeń niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia gdyż przeczy temu zarówno treść oświadczenia zawartego w ofercie (pkt 11 formularza ofertowego) jak też treść oświadczenia podmiotu SAVI Technologie Sp. z o. o. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości fakt, że przedmiotem oświadczenia podmiotu SAVI Technologie Sp. z o. o. było zobowiązanie się do wykonania, jako podwykonawca systemu gaszenia gazem a nie jak twierdzi odwołujący sprzedaż niezbędnych materiałów i urządzeń. Na ocenę oferty odwołującego nie może mieć również wpływu złożone przez niego po upływie terminu składania ofert oświadczenie, iż nie będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia podmiotu SAVI Technologie Sp. z o. o., i że podmiot ten został błędnie wskazany w pkt 11 formularza ofertowego. W ocenie Izby dopuszczenie możliwości zmiany przez odwołującego oświadczenia zawartego w pkt 11 formularza ofertowego a dotyczącego de facto sposobu realizacji zamówienia prowadziłoby do nieuprawnionej zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert. Nie sposób również zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego dotyczącym podmiotu Ecores Sp. z o. o. Mając na względzie treść oświadczenia zawartego w pkt 11 formularza ofertowego, iż Ecores Sp. z o. o., jako podwykonawca będzie wykonywał „pozostałe elementy robót sanitarnych” trudno zgodzić się, że rola tego podmiotu ogranicza się jedynie do sprzedaży niezbędnych materiałów i urządzeń. W tym zakresie treść oferty odwołującego również należało uznać za nieodpowiadającą treści SIWZ, co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.

Na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Podkreślić należy, iż zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego z uwagi na jej niezgodność z ustawą a jedynie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp tj. z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Izba nie podzieliła również poglądu odwołującego w przedmiocie naruszenia art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Wskazać należy, iż wybór oferty najkorzystniejszej dokonywany jest przez zamawiającego w oparciu o kryteria wskazane w SIWZ spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania. Skoro, jak wcześniej wskazano, zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego, nie sposób uznać, iż wybór w oparciu o kryterium 100% cena, jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Energy Investors został dokonany z naruszeniem przepisów art. 91 ust. 1 Pzp czy też art. 2 pkt 5 Pzp, który jedynie definiuje pojęcie „najkorzystniejszej oferty”.

Powyższe stanowisko Izby przesądza również o niezasadności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający prowadzi postępowanie w sposób nienaruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: