

**WYROK**

**z dnia 25 listopada 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 r. przez wykonawcę **GE Power Sp. z o.o., ul. Inflancka 4c, 00-189 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa (adres do korespondencji: PGE Energia Ciepła S.A. Departament Zakupów, ul. Ciepłownicza 1,31-587 Kraków)**

przy udziale wykonawcy **Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **GE Power Sp. z o.o., ul. Inflancka 4c, 00-189 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GE Power Sp. z o.o., ul. Inflancka 4c, 00-189 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **GE Power Sp. z o.o., ul. Inflancka 4c, 00-189 Warszawa** na rzecz zamawiającego **PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa (adres do korespondencji: PGE Energia Ciepła S.A. Departament Zakupów, ul. Ciepłownicza 1, 31-587 Kraków)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Remont kapitalny turbozespołu TG-4 w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Elektrociepłownia w Bydgoszczy”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 czerwca 2021 r., nr 2021/S 119316398.

W dniu 2 listopada 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca GE Power S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. wobec:

- 1) wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska S.A., zwanego dalej „wykonawcą Doosan”) jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Doosan, wykonawcę REMAK-ENERGOMONTAŻ S.A., zwanego dalej „wykonawcą REMAK”, wykonawcę Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A., zwanego dalej wykonawcą „Zakłady Remontowe Energetyki” i wykonawcę EthosEnergy Sp. z o.o., zwanego dalej „wykonawcą EthosEnergy”, jako ofert wykonawców, którzy nie złożyli w przewidzianym terminie wymaganego przedmiotowego środka dowodowego (lub względnie innego dokumentu lub oświadczenia) i ofert, które są niezgodne z warunkami zamówienia lub - w przypadku uznania, że dokumenty te podlegały uzupełnieniu - zaniechania wezwania Wykonawców do ich złożenia;
- 3) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako jedynej oferty niepodlegającej odrzuceniu spośród ofert złożonych w postępowaniu;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i art. 226 ust. 2 pkt 5 w zw. art. 107 ust. 1 oraz z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców, w sytuacji gdy nie załączyli oni do swoich ofert wymaganego przez Zamawiającego harmonogramu prac (dalej jako „Harmonogram”), a który to dokument stanowił przedmiotowy środek dowodowy potwierdzający zgodność oferowanych usług z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia (lub względnie: inny dokument lub oświadczenie wymagane przez Zamawiającego, w tym oświadczenie Wykonawców w przedmiocie zobowiązania co do realizacji oferowanego przedmiotu zamówienia), i wobec czego

Wykonawcy nie wykazali zgodności złożonych ofert z warunkami zamówienia, co skutkuje obowiązkiem Zamawiającego do odrzucenia ich ofert i wyborem oferty Odwołującego jako jedynej oferty niepodlegającej odrzuceniu spośród ofert złożonych w Postępowaniu.

ewentualnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu z pkt. 1), zarzucam również naruszenie przez Zamawiającego:

- 2) art. 107 ust. 1 w zw. ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawców do złożenia Harmonogramu jako przedmiotowego środka dowodowego w sytuacji, gdy Wykonawcy nie załączyli tego dokumentu do swoich ofert, a co uniemożliwiło Zamawiającemu dokonanie badania i oceny złożonych ofert, w tym w zakresie zgodności z warunkami zamówienia określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenie ofert Wykonawców;
- 3) dokonania ponownego wyboru ofert z pominięciem ofert Wykonawców;

ewentualnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę najdalej idących zarzutów i żądań związanych z odrzuceniem ofert Wykonawców, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 4) wezwanie Wykonawców do złożenia Harmonogramu

Nadto Odwołujący wniósł o:

- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;
- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający w celu zapewnienia sobie możliwości weryfikacji przyjętych przez wykonawców założeń co do sposobu realizacji zamówienia, wymagał przedstawienia wraz z ofertą harmonogramu prac dla całego zakresu wykonanego w programie MS Project. Wymóg ten został zawarty w Rozdziale II pkt 4 lit. J OPZ. Wymóg złożenia Harmonogramu wraz z ofertą nie miał jedynie formalnego charakteru. Przeciwnie, stanowił on jednoznaczną i stanowczą deklarację Wykonawcy co do sposobu i terminu realizacji zamówienia, która powinna podlegać weryfikacji przez Zamawiającego. Harmonogram nie miał także charakteru pogładowego czy informacyjnego z uwagi na jego znaczenie dla praw i obowiązków stron. Wskazują na to jednoznacznie postanowienia OPZ i Projektu Umowy. Harmonogram stanowił wiążące zobowiązanie wykonawcy co do sposobu realizacji oferowanego przedmiotu zamówienia, i jako taki stanowił ofertę sensu stricto. Również z tej przyczyny brak Harmonogramu

uzasadnia konieczność odrzucenia ofert Wykonawców , którzy takiego dokumentu nie złożyli.

W dniu 2 listopada 2021 r. Zamawiający kopie otrzymanego odwołania przekazał wykonawcom za pośrednictwem Systemu Zakupowego Grupy Kapitałowej PGE (<https://swpp2.gkpge.pl>).

W dniu 5 listopada 2021 r. (pismem z dnia 4 listopada 2021 r.) wykonawca Doosan zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 22 listopada 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:**

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. 528 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustala następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale II „Ogólne wymagania dotyczące wykonawstwa remontu” pkt 4 lit. J „Opisu Przedmiotu Zamówienia” podał charakterystykę techniczną, zakres i wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, wskazując iż:

j) „do oferty należy dołączyć harmonogram prac dla całego zakresu wykonany w programie MS Project.

k) Wykonawca doprecyzuje z Zamawiającym szczegółowy harmonogram wykonania prac przed podpisaniem umowy”.

Nadto w rozdziale II pkt 3 wskazał, że „odbioru prac będą dokonywane zgodnie z etapami określonymi w zatwierdzonym obustronnie harmonogramie: będzie on załącznikiem do podpisanej umowy.”.

W SWZ rozdział XVII „Wykaz podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych”, pkt 17.14 – 17.18 „Przedmiotowe środki dowodowe” podano „Nie dotyczy”. Natomiast rozdziale XX „Opis sposobu przygotowania oferty” podano co oferta powinna zawierać.

Załączony do SWZ projekt umowy zawiera m.in. wskazane niżej postanowienia:

„2.9. Wykonanie zastępcze.

(...) Zakres Umowy powierzony do wykonawstwa zastępczego zostanie w takim przypadku ustalony przez Zamawiającego, przy czym jako podstawę Zamawiający może przyjąć założenia wynikające ze Szczegółowego Harmonogramu Prac, o którym mowa w §3 ust. 3.8. Wykonawca niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo upoważnia Zamawiającego do powierzenia realizacji określonych czynności osobie trzeciej w ramach wykonawstwa zastępczego. W razie powierzenia określonych czynności osobie trzeciej w ramach wykonawstwa zastępczego, Wykonawca jest zobowiązany zaprzestać dalszego wykonywania tych czynności, a zarazem skoordynować z osobą trzecią czynności przez siebie wykonywane. O skorzystaniu z wykonawstwa zastępczego Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie, załączając wykaz czynności powierzonych osobie trzeciej oraz ich wartość, ustalone w oparciu o Szczegółowy Harmonogram Prac. (...)

3.8.

W terminie, wskazanym w Harmonogramie Prac/Harmonogramie Płatności i Prac Wykonawca opracuje i przedłoży Szczegółowy Harmonogram Prac, który powinien być uszczegółowieniem i rozwinięciem Harmonogramu Prac i Płatności. Wykonawca na żądanie Zamawiającego zobowiązany jest do uszczegóławiania Szczegółowego Harmonogramu Prac. Wykonawca zobowiązany jest również do bieżącego aktualizowania Szczegółowego Harmonogramu Prac, lecz nie rzadziej niż raz na miesiąc. Niezależnie od powyższego Zamawiający ma prawo zażądać od Wykonawcy aktualnego Szczegółowego Harmonogramu Prac w każdym czasie (w wersji elektronicznej, edytowalnej oraz papierowej). Przedłożony Szczegółowy Harmonogram Prac, jak i jego każda aktualizacja lub zmiana, podlegać będą akceptacji Zamawiającego.

4.3. Protokoły

Faktury VAT będą wystawiane za zrealizowane i odebrane etapy Prac (wykonane w ramach poszczególnych Kamieni Milowych), zgodnie z Harmonogramem Prac i Płatności, na podstawie Protokołów Odbioru Częściowego lub Protokołu Odbioru Końcowego, z zastrzeżeniem postanowień ust. 4.13 i ust. 9 Postanowienie §15 ust. 15.5 zdanie drugie Umowy stosuje się odpowiednio.

## 6.2.

Zamawiający dokonywał będzie odbiorów częściowych po zakończeniu każdego z Kamieni Milowych określonych w Harmonogramie Prac i Płatności.

### 16.1.3

Zwłoka Wykonawcy w wykonaniu danego Kamienia Milowego przekracza [30 Dni] co do terminów wynikających z Harmonogramu Prac i Harmonogramu Płatności lub realizuje Dokumentację Wykonawcy oraz wynikające z niego Prace w sposób sprzeczny z Umową, a Zamawiający uprzednio wezwał Wykonawcę do usunięcia zwłoki i jej skutków lub wezwał Wykonawcę do zmiany sposobu realizacji Umowy, wyznaczając odpowiedni termin; niezależnie od uprawnienia do odstąpienia od Umowy w takiej sytuacji po wezwaniu i po jego bezskutecznym upływie Zamawiający może według własnego uznania nie odstępować od Umowy, a powierzyć zakończenie lub wykonanie części Umowy osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy w ramach wykonania zastępczego.

### 20.12.

W celu uniknięcia wątpliwości określa się, że – w zależności od okoliczności danego przypadku – nie będą stanowiły zmian w stosunku do treści Oferty Wykonawcy, na podstawie której Zamawiający dokonał wyboru Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, albo nie będą stanowiły zmiany Umowy, aktualizacje Harmonogramu Prac i Płatności dokonane w przypadkach enumeratywnie przewidzianych w pozostałych postanowieniach Umowy.

W postępowaniu złożono 5 ofert, z czego tylko Odwołujący złożył wraz z ofertą Harmonogram prac dla całego zakresu wykonanego w programie MS Project.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Bezspornym jest, że Zamawiający w OPZ (rozdział II pkt 4 lit. J) wskazał, że „do oferty należy dołączyć Harmonogram prac dla całego zakresu wykonany w programie MS Project”. Bezspornym jest także, że analogicznego postanowienia nie zamieścił w SWZ – rozdziale dotyczącym tego jak należy przygotować ofertę i jakie dokumenty wraz z ofertą należy złożyć. Co więcej w rozdziale dotyczącym „Przedmiotowych środków dowodowych” podał „Nie dotyczy”. Tym samym przekazując wykonawcom informację, że w postępowaniu nie wymaga się od wykonawców złożenia żadnych przedmiotowych środków dowodowych. Treść SWZ jest w tym zakresie jednoznaczna.

Wobec tego należy rozważyć czy ten dokument może być uznany za przedmiotowy środek dowodowy. Takiego charakteru nie przypisuje mu SWZ. Przeciwnie, SWZ jednoznacznie wskazuje na brak żądania złożenia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych. Przedmiotowe środki dowodowe – zgodnie z art. 106 ustawy Pzp – mogą być żądane w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu

zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Środki dowodowe muszą więc pozostawać w ścisłym związku z przedmiotem zamówienia, a konkretnie wymaganiami postawionymi w dokumentach zamówienia. W przypadku Harmonogramu wskazanego w OPZ (rozdział II pkt 4 lit. J) cel złożenia tego dokumentu nie został nigdzie wyartykułowany, jak również nigdzie nie podano o potwierdzenie jakich wymagań chodzi. Wobec tego w „sytuacji gdy Zamawiający nie określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia wymaganych przedmiotowych środków dowodowych to niespełnienie tego obowiązku będzie skutkowało nieskutecznością określenia wymagań przedmiotowych i w konsekwencji brakiem możliwości wyciągnięcia negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy, których takich dokumentów nie złoży. W takim przypadku nie będzie bowiem możliwe dokonanie badania ofert w sposób porównywalny, a zatem zgodny z zasadą równego traktowania wykonawców”. (Prawo zamówień publicznych, M. Jaworska (redakcja), Warszawa 2021, s. 311) Tak więc w tym konkretnym postępowaniu wobec braku wskazania Harmonogramu prac dla całego zakresu wykonanego w programie MS Project w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia nie można tego dokumentu uznać za żądany zgodnie z przepisami ustawy Pzp przedmiotowy środek dowodowy. Takiego charakteru temu dokumentowi Zamawiający bowiem nie nadał.

Istotnie żądanie złożenia takiego dokumentu pojawiło się w OPZ (rozdział II pkt 4 lit. J) jednak nie może być ono rozpatrywane w oderwaniu do projektu umowy, w którym pojawiają się dwa harmonogramy, tj. Harmonogram Prac i Płatności oraz Szczegółowy Harmonogram Prac i nie ma w nim mowy o Harmonogramie prac dla całego zakresu wykonanego w programie MS Project. Niespójność czy też niedokładność dokumentów zamówienia, a w tym stanie faktycznym z taką sytuacją mamy do czynienia, należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy.

Tym samym stwierdzić należy, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....