

**WYROK**  
**z dnia 30 czerwca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALSTOM Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Energomontaż Zachód Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Świerżach Górnych**

przy udziale wykonawcy **TurboCare Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALSTOM Power Sp. z o.o., Energomontaż Zachód Wrocław Sp. z o.o.** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALSTOM Power Sp. z o.o., Energomontaż Zachód Wrocław Sp. z o.o.** na rzecz **ENEA Wytwarzanie S.A.** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – ENEA Wytwarzanie S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja turbozespołów bloków nr 1, 2 i 5.*

W dniu 13 czerwca 2014 r. Konsorcjum: ALSTOM Power Sp. z o.o., Energomontaż Zachód Wrocław Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TurboCare Sp. z o.o. pomimo niezgodności oferty tego wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

1. Niezgodne z SIWZ powierzenie części prac podwykonawcom

Odwołujący podniósł, że wykonawca TurboCare składając ofertę naruszył określony w SIWZ zakaz podwykonawstwa.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie szeregu specjalistycznych prac związanych z modernizacją turbozespołów trzech bloków energetycznych. W rozdziale 4 w pkt 4.2. SIWZ Zamawiający zastrzegł, że część prac, a mianowicie *modernizacja części przepływowej WP (wysokoprężnej) wraz z uszczelnieniami końcowymi i międzystopniowymi*, nie może być powierzona podwykonawcy. W części 2 SIWZ *Zakres i wymagania techniczne wykonania*, w punkcie 1 *Opis przedmiotu zamówienia* (podpunkt I.1.) Zamawiający wyczerpująco określił prace, jakie składają się na wykonanie *modernizacji części przepływowej WP wraz z uszczelnieniami końcowymi i międzystopniowymi*. Jednym z tych zadań jest m. in. *wyważanie wysokoobrotowe wirnika WP*. Praca ta polega na rozpędzeniu wirnika WP do obrotów pracy (3000 obr/min) w specjalnym żelbetowym tunelu, tj. w warunkach zbliżonych do próżni absolutnej z wykorzystaniem specjalistycznego oprzyrządowania. Przygotowanie takich warunków w tunelu niezbędne jest dla zminimalizowania oporów powietrza w momencie obracającego się wirnika przy obrotach ok. 3000 obr/min. Każdorazowo dla nowego wirnika lub po przeprowadzonej jego modernizacji bądź remoncie konieczne jest jego wyważanie wysokoobrotowe w obrotach pracy (3000 obr/min). Proces wyważania wysokoobrotowego wirnika WP polega na zniwelowaniu istniejącej nierównomierności rozłożenia masy wokół osi obrotu wirnika. Wyważanie wysokoobrotowe wirnika przeprowadzone z osiągnięciem właściwych parametrów wyważania jest warunkiem uruchomienia oraz umożliwienia

poprawnej i bezpiecznej eksploatacji turbozespołu po modernizacji lub remoncie. Brak właściwego wyważenia wirnika skutkuje niemożnością uruchomienia i pracy turbiny. Aby wykonać to zadanie, wykonawca musi dysponować odpowiednimi zasobami technicznymi oraz ludzkimi tj. odwirownią zainstalowaną w specjalnie do tego celu zaprojektowanym pomieszczeniu oraz kompetentnym personelem zdolnym do obsługi odwirowni.

Odwołujący podniósł, że wykonawca TurboCare naruszył zakaz podwykonawstwa sformułowany w pkt 4.2 SIWZ, bowiem w załączniku A19 do formularza ofertowego w sposób jednoznaczny oświadczył, że zamierza wyważanie wysokoobrotowe wirników powierzyć podwykonawcom. Jednocześnie TurboCare nie ograniczył zamiaru powierzenia wyważania wysokoobrotowego wirników jedynie do niektórych z rodzajów wirników, co *lege non distinguente* oznacza, że zamiar powierzenia wyważania wysokoobrotowego wirników podwykonawcy dotyczy wszystkich wirników, w tym wirników WP. Takie działanie jest, zdaniem Odwołującego, sprzeczne z warunkami wykonania zamówienia określonymi przez Zamawiającego i powinno skutkować odrzuceniem oferty TurboCare na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie przez Zamawiającego na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi ma doniosłe znaczenie dla realizacji zamówienia i powinno być bezwzględnie respektowane. Formułując zakaz korzystania z podwykonawców zamawiający zmierza do ochrony własnych interesów, w szczególności poprzez zapewnienie, że najważniejsze prace zostaną wykonane przez podmiot należycie zweryfikowany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie bez znaczenia jest również ograniczenie ekspozycji na potencjalne roszczenia o zapłatę, jakie podwykonawcy mogą kierować bezpośrednio wobec zamawiającego. W tym kontekście oświadczenie wykonawcy o zamiarze powierzenia określonych prac podwykonawcom ma niebagatelne znaczenie dla oceny zgodności oferty z treścią SIWZ, zaś sprzeczność takiego oświadczenia z postanowieniami SIWZ skutkuje wadliwością oferty i powinna prowadzić do jej odrzucenia. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący podniósł, że określenie w ofercie, czy wykonawca będzie realizował zamówienie samodzielnie, czy też skorzysta z pomocy podwykonawców, nie ma charakteru wyłącznie informacyjnego, lecz należy do istotnych elementów oferty i obrazuje sposób realizacji zamówienia. Tym samym niezgodne z SIWZ oświadczenie wykonawcy lub całkowity brak takiego oświadczenia uniemożliwia wybór oferty, jako niespełniającej wymagań SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że ewentualna zmiana oświadczenia o powierzeniu prac podwykonawcom przez TurboCare po złożeniu oferty stanowiłaby istotną zmianę treści tej

oferty i z tego powodu poprawienie lub wyjaśnienie, a w rzeczywistości zmiana tego oświadczenia byłaby niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

## 2. Uzupelnienie formularza cenowego niezgodnie z SIWZ

Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy TurboCare jest niezgodna z SIWZ również ze względu na niepodanie cen odrębnie dla każdej pozycji wymaganej przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców formularza ofertowego wypełnionego zgodnie z załącznikiem nr A3 do SIWZ. Wykonawcy byli zobowiązani wskazać w tym formularzu cenę oferty netto, kwotę podatku VAT oraz cenę oferty brutto - w rozbiciu na wyszczególnione przez Zamawiającego elementy przedmiotu zamówienia i wchodzące w ich skład prace, a celem Zamawiającego było uzyskanie informacji na temat szczegółowej wyceny tych elementów, co jest informacją istotną, w szczególności ze względów podatkowo-księgowych.

Odwołujący podniósł, że wykonawca TurboCare w formularzu ofertowym nie wycenił każdej z pozycji wymaganych przez Zamawiającego, lecz pogrupował je i wycenił łącznie. W związku z tym oferta TurboCare jest – zdaniem Odwołującego – wadliwa i nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż przedstawiona w niej wycena prac nie odnosi się do każdej z pozycji wymaganych przez Zamawiającego. Niezgodne z SIWZ wypełnienie przez TurboCare formularza cenowego powinno skutkować odrzuceniem złożonej przez tego wykonawcę oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czego jednak Zamawiający bezzasadnie nie uczynił. W ocenie Odwołującego, uchybienie wykonawcy ma charakter istotny i nie może być potraktowane jako uchybienie czysto formalne, a wada ta nie jest możliwa do uzupełnienia lub poprawienia. Przez zaniechanie odrzucenia oferty TurboCare Zamawiający doprowadził do uprzywilejowania tego wykonawcy, naruszającego zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty TurboCare jako najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty TurboCare z uwagi na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca TurboCare Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, który złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Przystępującego zakazu powierzenia części zamówienia podwykonawcy Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdziale 4 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) pkt 4.2 Zamawiający postanowił, że *wykonawca nie może powierzyć żadnemu podwykonawcy realizacji „Modernizacji części przepływowej WP wraz z uszczelnieniami końcowymi i międzystopniowymi” podpunkt 2 w części I opisu przedmiotu zamówienia (część 2 SIWZ).*

Zgodnie z OPZ, modernizacja części przepływowej WP wraz z uszczelnieniami końcowymi i międzystopniowymi polega na wykonaniu następujących (wyszczególnionych myślnikami) prac:

- Demontaż i montaż całej części przepływowej WP
- Wymiana układów łopatkowych i wirnikowych stopni 1-12 na bardziej sprawne
- Obróbka mechaniczna wirnika WP z ewentualną naprawą zamka sprzęgła WP-SP
- Badania otworu centralnego wirnika WP oraz powierzchni zewnętrznych - ocena żywotnościowa i określenie żywotności resztkowej. Wyważanie wysokoobrotowe wirnika WP
- Wymiana segmentów dyszowych i tarcz kierowniczych stopni 2012 na sprawniejsze
- Wymiana uszczelnień końcowych i przywałowych na uszczelnienia zmodernizowane
- Wymiana uszczelnień nadbandażowych na uszczelnienia zmodernizowane
- Odtworzenie połączeń teleskopowych wraz z wymianą tulei i pierścieni uszczelniających
- Pomiary i centrowanie części WP
- Wymiana wszystkich śrub i nakrętek w podziale korpusu wewnętrznego, z przystosowaniem ich do pomiaru wydłużeń. Kontrola wydłużeń po montażu.

Przystępujący, w oświadczeniu zamieszczonym na str. 123 oferty, wskazał zakres prac, które zamierza powierzyć podwykonawcom, w tym w punkcie 6 – wyważanie wysokoobrotowe wirników.

Izba ustaliła, że zamiar powierzenia podwykonawcy wyważania wysokoobrotowego wirników nie narusza zakazu określonego w punkcie 4.2 SIWZ.

Przedmiotem sporu w tym zakresie była interpretacja odesłania zawartego w ww. postanowieniu specyfikacji, tj. kwestia, czy obejmuje ono wszystkie prace składające się na modernizację części przepływowej WP, w tym wyważanie wysokoobrotowe wirników. W związku z tak określonym przedmiotem sporu Izba oddaliła wnioski dowodowe Odwołującego zmierzające do wykazania, że Przystępujący nie jest w stanie bez pomocy podwykonawców wykonać prac związanych z wyważaniem wysokoobrotowym wirników WP. Istotą sporu nie jest bowiem zdolność techniczna wykonawcy do samodzielnej realizacji tych prac, a kwestie związane z posiadaniem odpowiedniego potencjału w tym zakresie nie były objęte zarzutami odwołania.

Zdaniem Odwołującego pkt 4.2 SIWZ odsyła do wszystkich elementów prac składających się na modernizację części przepływowej WP (w tym również wyważanie wysokoobrotowe wirnika WP). Zamawiający natomiast stał na stanowisku, że odesłanie to dotyczyło wyłącznie tiret 2 (określonego w punkcie 4.2 SIWZ jako podpunkt 2), tj. wymiany układów łopatkowych i wirnikowych stopni 1-12 na bardziej sprawne.

W ocenie Izby, interpretacja przedstawiona przez Odwołującego, nie ma oparcia w brzmieniu SIWZ. Odwołujący bowiem całkowicie pominął fakt, że ww. postanowienie ogranicza zakaz podwykonawstwa do ppkt 2 w ramach części przedmiotu zamówienia dotyczącej modernizacji części przepływowej WP. Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, że zakazem podwykonawstwa objęto modernizację części przepływowej WP w całości.

Faktem jest, że w części I OPZ poszczególne prace składające się na modernizację części przepływowej WP nie zostały oznaczone kolejno numerowanymi podpunktami, lecz myślnikami, co wprowadza pewną nieścisłość, która jednak – w ocenie Izby – nie uzasadnia twierdzenia, że zakaz podwykonawstwa obejmował całą część zamówienia określoną jako *modernizacja części przepływowej WP*. Po pierwsze, zakaz ten został ograniczony do jednego z elementów tej części zamówienia, po drugie nieścisłość w odesłaniu do ppkt 2 zamiast tiret 2 nie może być interpretowana na etapie oceny ofert na niekorzyść wykonawców, a zakaz powierzenia prac podwykonawcom nie może być rozumiany szerzej niż wskazuje na to brzmienie specyfikacji.

Ponadto stwierdzić należy, że nawet przy założeniu, iż interpretacja pkt 4.2 SIWZ przedstawiona przez Zamawiającego nie jest prawidłowa z uwagi na niekonsekwentne

posługiwanie się oznaczeniami *podpunkt* i *tiret*, to tym bardziej wadliwa i nieodpowiadająca literalnemu brzmieniu jest interpretacja przedstawiona przez Odwołującego. Abstrahuje ona bowiem od wyraźnego ograniczenia zakazu podwykonawstwa do części prac składających się na modernizację części przepływowej WP i zmierza do nieuzasadnionego rozszerzenia tego zakazu na całość tych prac.

Nie sposób również podzielić stanowiska Odwołującego, że uzasadnione było potraktowanie odesłania do w punkcie 4.2 SIWZ do podpunktu 2 jako oczywistej omyłki Zamawiającego. W ocenie Izby Odwołujący nie jest uprawniony do samodzielnego poczytania odesłania do ppkt 2 jako omyłki i zignorowania tego zapisu w przedstawianej przez siebie interpretacji, zwłaszcza że przed składaniem ofert nie wyraził w tym zakresie żadnych wątpliwości i nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji.

W związku z powyższym Izba nie podzieliła tezy Odwołującego, że zamiar powierzenia podwykonawcy prac polegających na wyważaniu wysokoobrotowym wirników naruszał zakaz określony w punkcie 4.2 SIWZ. Na marginesie jedynie Izba zaznacza, że oświadczenie Przystępującego w tym zakresie dotyczy wyważania wysokoobrotowego wirników, nie precyzuje natomiast, że dotyczy to wszystkich kategorii wirników, w tym wirników WP.

W odniesieniu natomiast do stanowiska Zamawiającego, Izba dostrzega nieścisłości w postanowieniu punktu 4.2 SIWZ, które mogły wywoływać wątpliwości wykonawców, jednak, jak już wyżej wskazano, nie mogą one prowadzić na etapie oceny ofert do rozszerzającej wykładni zakazu podwykonawstwa. Ponadto, interpretacja prezentowana przez Zamawiającego bardziej odpowiada brzmieniu specyfikacji, a Zamawiający uprawdopodobnił, że miał istotne powody, aby zakazać podwykonawstwa w odniesieniu do prac dotyczących wymiany układów łopatkowych (Zamawiający przedłożył kopię korespondencji związanej z wcześniej wykonywanymi zadaniami, która potwierdza występowanie problemów dotyczących realizacji tych prac). Wskazane nieścisłości w punkcie 4.2 SIWZ nie uzasadniają natomiast tezy prezentowanej przez Odwołującego.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut dotyczący niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ ze względu na brak odrębnej wyceny każdego z elementów zamówienia wyszczególnionego w formularzu oferty.

W zakresie tego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:



Zgodnie z rozdziałem 17 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny), cenę oferty stanowi wartość wyrażona w PLN, którą Zamawiający jest zobowiązany zapłacić wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia (pkt 1). Cenę oferty należy podać w załączniku nr A3 do formularza „Oferta” z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z przyjętymi zasadami rachunkowości (pkt 2). W formularzu oferty należy podać cenę oferty bez podatku VAT (netto), kwotę podatku VAT oraz łącznie z podatkiem VAT (brutto) – pkt 3. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 4).

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy zostało określone jako ryczałt (§ 5 ust. 1 wzoru umowy).

W załączniku do SIWZ Zamawiający określił wzór formularza „Oferta”, w którym w punkcie 7.1 zamieścił wzór oświadczenia, że cena ofertowa brutto została podana w załączniku nr A3 do formularza. Załącznik A3 zawiera tabelę z podziałem na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia oraz kolumny „Wartość netto”, „VAT” i „Wartość brutto”. Na końcu załącznika A3 znajduje się miejsce na podanie ceny całego przedmiotu zamówienia.

Wykonawca TurboCare wypełnił załącznik nr A3 przez podanie wartości poszczególnych elementów zamówienia, przy czym dla niektórych elementów zamówienia podał wartość zbiorczą (w odniesieniu do każdego z bloków: pkt VI poz. 1-6, pkt VII poz. 4-13, pkt IX poz. 1-12, pkt X poz. 1-7).

W ocenie Izby zbiorcze podanie cen za wykonanie niektórych elementów zamówienia nie mogło stanowić podstawy odrzucenia oferty.

Po pierwsze należy stwierdzić, że Odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu, które elementy wymagające – jego zdaniem – odrębnej wyceny, zostały wycenione zbiorczo, formułując zarzut w sposób nieprecyzyjny i pozostawiając Izbie ustalenie zakresu i podstaw faktycznych zarzutu.

Niezależnie jednak od tego należy stwierdzić, że SIWZ w żadnym postanowieniu nie wprowadziła obwarowanego rygorem odrzucenia oferty obowiązku odrębnej wyceny każdego elementu zamówienia. W rozdziale 17 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) Zamawiający zobowiązał wykonawców jedynie do podania ceny oferty (którą należy rozumieć jako cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia). Obowiązek wyceny każdej pozycji formularza Odwołujący wywodzi z faktu, że taki formularz, dzielący przedmiot zamówienia na wiele elementów, został przez Zamawiającego opracowany i załączony do SIWZ. Jednakże wobec braku wyraźnych wytycznych co do sposobu prezentacji cen

częstkowych, brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego jest wadliwa w stopniu uzasadniającym jej odrzucenie.

Formularzowi zawierającemu ceny częściowe należy przypisać – zdaniem Izby – znaczenie wyłącznie informacyjne. Żadnej innej funkcji taki formularz w niniejszym postępowaniu nie spełniał, zwłaszcza z uwagi na fakt, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Nie sposób też przypisać temu formularzowi wagi z bliżej niesprecyzowanych względów podatkowo-księgowych, na które powoływał się Odwołujący, a których nie wyjaśnił.

Podsumowując, nawet przy założeniu, że Zamawiający oczekiwał odrębnej wyceny każdej pozycji formularza, brak jest podstaw do przyjęcia, że podanie cen dla określonych grup tych pozycji stanowi wadę oferty uzasadniającą jej odrzucenie.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a i art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....