

sygn. akt: **KIO 1816/19**

WYROK
z dnia 1 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2019 r. przez wykonawcę **ELTEL Networks Energetyka S.A., Gutkowo 81D; 11-041 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna, ul. Warszawska 165; 05-520 Konstancin-Jeziorna**, przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach sp. z o.o., ul. Ks. bpa H. Bednorza 19; 40-384 Katowice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **ELTEL Networks Energetyka S.A., Gutkowo 81D; 11-041 Olsztyn** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ELTEL Networks Energetyka S.A., Gutkowo 81D; 11-041 Olsztyn**, 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 2018 r., poz. 1986 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 Sieci Elektroenergetyczne S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Rozbudowa stacji 400/110 kV Pasikurovice w związku z wprowadzeniem linii 400 kV i wymianą transformatora 400/110 kV”*.

Dnia 4 września 2019 roku, zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego.

Dnia 16 września 2019 roku wykonawca ELTEL Networks Energetyka S.A. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 36a ust. 2 ustawy Pzp i art. 36b ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 §1 i 2 Kc w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, że odwołujący nie wykona osobiście lub jego oferta nie obejmuje zobowiązania do osobistego wykonania części zamówienia w zakresie zastrzeżonym do osobistego wykonania oraz, że na skutek wyjaśnień odwołującego z dnia 23 sierpnia 2019 r., odwołujący dokonał nieuprawnionej zmiany treści oferty, a jego oferta nie odpowiada treści s.i.w.z. w zakresie wymagań opisanych w rozdziale X pkt. 1 s.i.w.z., tj. obowiązku osobistego wykonania części zamówienia polegającej na uruchomieniu pól stacji elektroenergetycznej 400/110 kV Pasikurovice, rozumianych jako pola zawierające co najmniej (łącznie): wyłączniki, przekładniki prądowe i napięciowe (także kombinowane) oraz automatykę zabezpieczeniową wraz z montażem obwodów pierwotnych i wtórnych, w tym układów ogólnostacyjnych dla tych pól z wyłączeniem prac, które realizowane są przez dostawców aparatury i urządzeń, ponieważ odwołujący wskazał w formularzu oferty oraz w JEDZ podwykonawcę, spółkę Zakład Pomiarowo-Badawczy Energetyki „Energopomiar-Elektryka” sp. z o.o., któremu zamierza podzlecić część prac dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia określone jako prace rozruchowe, pomimo że:

- a) „uruchomienie pól stacji elektroenergetycznej” jako zakres zamówienia zastrzeżony do osobistego wykonania przez wykonawcę (rozdział X pkt. 1 s.i.w.z.) jest pojęciem węższym niż wykonanie „prac rozruchowych” lub „rozruch” w rozumieniu postanowień rozdziału VI pkt 2.1 lit. c) ppkt 7 s.i.w.z., a tym samym stanowi jedynie część prac rozruchowych jakie niezbędne będą do realizacji podczas przebudowy obiektu, ponieważ zgodnie z s.i.w.z. część prac wykonawca ma obowiązek wykonać osobiście, natomiast zakres prac przewidziany do realizacji przez podwykonawcę stanowią prace uzupełniające,

- b) zamiar zaangażowania podwykonawcy do wykonania części prac objętych przedmiotem zamówienia nie wyłącza zdolności wykonawcy i obowiązku wykonania prac zastrzeżonych do osobistego wykonania osobiście przez wykonawcę odwołującego, a „zamiar” zaangażowania podwykonawcy ma charakter wtórny do zobowiązania zaciągniętego przez wykonawcę,
- c) odwołujący wykazał się posiadaniem stosownego doświadczenia oraz własnego personelu wymaganego dla wykonania części zamówienia zastrzeżonej do osobistego wykonania, oraz
- d) odwołujący zadeklarował, zarówno w treści oferty jak i w wyjaśnieniach z 23 sierpnia 2019 r., że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w s.i.w.z.,
2. w konsekwencji powyższego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, że oferta odwołującego nie odpowiada treści s.i.w.z. w zakresie wymagań określonych w rozdziale X pkt. 1 s.i.w.z., tj. w zakresie, w jakim zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia polegającej na uruchomieniu pól stacji elektroenergetycznej 400/110 kV Pasikowice, rozumianych jako pola zawierające co najmniej (łącznie): wyłączniki, przekładniki prądowe i napięciowe (także kombinowane) oraz automatykę zabezpieczeniową wraz z montażem obwodów pierwotnych i wtórnych, w tym układów ogólnostacyjnych dla tych pól z wyłączeniem prac, które realizowane są przez dostawców aparatury i urządzeń, a w konsekwencji poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz dowodów przywołanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w odwołaniu,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu badania i oceny oferty odwołującego oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny oferty odwołującego,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ma interes

w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego w/w przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, doznał uszczerbku. Biorąc pod uwagę ustalone przez zamawiającego kryteria oceny ofert odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę, a w wyniku dokonania przez zamawiającego w procesie badania i oceny ofert w/w naruszeń, odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oferta odwołującego winna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu rankingu ofert, a tym samym odwołujący uzyska zamówienie i zrealizuje zakładany w wyniku jego realizacji zysk.

Zamawiający, na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł, w części o odrzuceniu odwołania, a w pozostałym zakresie o oddaleniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z rozdziałem X s.i.w.z. zamawiający:

a) pkt. 1 - zastrzegł (...) obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia polegającej na uruchomieniu pól stacji elektroenergetycznej 400/110 kV Pasikurówice, rozumianych jako pola zawierające co najmniej (łącznie): wyłączniki,

przekładniki prądowe i napięciowe (także kombinowane) oraz automatykę zabezpieczeniową wraz z montażem obwodów pierwotnych i wtórnych, w tym układów ogólnostacyjnych dla tych pól z wyłączeniem prac, które realizowane są przez dostawców aparatury i urządzeń.

b) pkt 2 - żądał (...) wskazania części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców przez przedstawienie tych informacji w rozdz. II. pkt 7 Formularza oferty.

W pkt. 7 formularza oferty oraz w części II pkt. D JEDZ odwołujący wskazał proponowanych podwykonawców, w tym: c) Prace rozruchowe: Zakład Pomiarowo-Badawczy Energetyki "ENERGOPOMIAR-ELEKTRYKA" Spółka z o.o.

W dniu 12 sierpnia 2019 r., zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia treści oferty m.in. poprzez wyjaśnienie jakie prace rozruchowe będą wykonywane przez spółkę Zakład Pomiarowo-Badawczy Energetyki "ENERGOPOMIAR-ELEKTRYKA" Spółka z o.o.

Odwołujący udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie wyjaśniając i oświadczając, że: „(...) prace rozruchowe zostaną zrealizowane siłami własnymi Wykonawcy. Jednocześnie oświadczamy, że żadne prace rozruchowe nie będą wykonywane przez podwykonawców.”.

Zamawiający, pismem z dnia 4 września 2019 roku, poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty uzasadniając, iż „(...) Oferta złożona przez Wykonawcę: Eltel Networks Energetyka S.A., Biuro Rzeszów, Widelka 873, 36-145 Widelka nie spełnia następujących wymagań postawionych w SIWZ: Rozdz. X pkt 1 i 2 cz. I SIWZ:

1. Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę części zamówienia polegającej na uruchomieniu pól stacji elektroenergetycznej 400/110 kV Pasikurówice, rozumianych jako pola zawierające co najmniej (łącznie): wyłączniki, przekładniki prądowe i napięciowe (także kombinowane) oraz automatykę zabezpieczeniową wraz z montażem obwodów pierwotnych i wtórnych, w tym układów ogólnostacyjnych dla tych pól z wyłączeniem prac, które realizowane są przez dostawców aparatury i urządzeń.

2. Zamawiający żąda wskazania części zamówienia, którą Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez Wykonawcę firm podwykonawców przez przedstawienie tych informacji w Rozdz. II. pkt 7 Formularza oferty, Wzór nr 1 Części III SIWZ.

Wykonawca w Formularzu oferty, jak i w pkt D cz. II JEDZ, wskazał jako podwykonawcę w zakresie prac rozruchowych Zakład Pomiarowo-Badawczy Energetyki "ENERGOPOMIAR - ELEKTRYKA" Spółka z o.o.

Zgodnie z definicją pojęcia „Rozruch” zawartą w Rozdz. VI pkt 2.1 lit. c) ppkt 7 cz. I SIWZ za Rozruch należy rozumieć uruchomienie stacji elektroenergetycznej w zakresie co najmniej sprawdzenia poprawności montażu urządzeń, parametryzacja i wprowadzenia nastawień, podłączenia zasilania, uaktywnienia wymaganych funkcjonalności,

przeprowadzenia badań i testów sprawdzających funkcjonowanie urządzeń przed ich załączeniem pod napięcie sieciowe, badania kontrolno-pomiarowe, pomontażowe, współdział przy wykonaniu prób napięciowych i obciążeniowych.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy co do zakresu prac rozruchowych, zaplanowanych do powierzenia podwykonawcom, Wykonawca w piśmie z dnia 23.08 2019 r. wskazał, że prace rozruchowe zostaną zrealizowane siłami własnymi Wykonawcy. Jednocześnie Wykonawca oświadczył, że żadne prace rozruchowe nie będą wykonywane przez podwykonawców.

Zważywszy, że wyjaśnienia treści oferty nie mogą prowadzić do zmian w treści oferty, a muszą ograniczać się jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartej w ofercie, stwierdzić należy, że złożona oferta nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ.”.

Ze wskazaną wyżej czynnością zamawiającego nie zgodził się odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie.

Odwołujący podniósł, iż zakres zamówienia zastrzeżony do osobistego wykonania przez wykonawcę, obejmujący „uruchomienie pól stacji elektroenergetycznej” jest zatem pojęciem wąskim i stanowi jeden z elementów szeroko pojętych prac rozruchowych wykonywanych w związku z realizacją przedmiotu zamówienia przez grupę rozruchową. W szczególności zaś, pojęcie „rozruchu czy uruchomienia stacji elektroenergetycznej”, które pojawia się w definicji „Rozruchu” w rozdziale VI pkt. 2.1 lit. c) ppkt 7 s.i.w.z. jest pojęciem szerszym niż „uruchomienie pól stacji elektroenergetycznej”. Nie można zatem utożsamiać pojęć „prace rozruchowe” czy „rozruch” tylko i wyłącznie z uruchomieniem pól stacji elektroenergetycznej”, tak jak uczynił zamawiający. Innymi słowy, dokonując czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający dokonał nieuprawnionej, rozszerzającej wykładni terminu „prac rozruchowych” oraz definicji „Rozruchu” przekładając użyte tam pojęcia na zakres prac zastrzeżonych do osobistego wykonania i zdefiniowanych w rozdziale X pkt. 1 s.i.w.z.

Zdaniem odwołującego, zamawiający błędnie utożsamiał prace dotyczące „uruchomienie pól stacji elektroenergetycznej” z pojęciem „prac rozruchowych (stacji elektroenergetycznej)” i w związku z powyższym wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia treści oferty m.in. poprzez wyjaśnienie jakie prace rozruchowe będą wykonywane przez spółkę ENERGOPOMIAR. Na tak postawione pytanie odwołujący odpowiedział w sposób jednoznaczny, że prace rozruchowe zostaną zrealizowane przez odwołującego jego siłami własnymi, a więc osobiście.

Odwołujący podniósł, iż niezależnie od tego, jakie informacje zawarte w ofercie były dla zamawiającego niejasne lub w jaki sposób zamawiający rozumiał pojęcie „prac rozruchowych” oraz zakresu zamówienia obejmującego „uruchomienie pól stacji

elektroenergetycznej", w świetle udzielonej przez odwołującego odpowiedzi zamawiający nie powinien mieć zatem żadnych wątpliwości, co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia przez odwołującego oraz zgodności jego oferty z s.i.w.z. Dopiero zaś na podstawie uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołujący powziął wiedzę, że zamawiający dokonał oceny zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania nie przez pryzmat definicji określonej w rozdziale X pkt. 1 s.i.w.z., ale w świetle prac opisanych w rozdziale VI pkt. 2.1 lit. c) ppkt 7 s.i.w.z., która obejmuje szerszy zakres prac niż zastrzeżony do osobistego wykonania przez wykonawcę. Niezrozumiałe jest zatem twierdzenie zamawiającego zawarte w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty jakoby na skutek złożonych wyjaśnień doszło do zmiany treści, a nie do jej wyjaśnienia lub doprecyzowania. Od momentu złożenia oferty intencją i wolą odwołującego było wykonanie prac zastrzeżonych do osobistego wykonania, obejmujących, zgodnie z opisem zawartym w rozdziale X pkt 1 s.i.w.z., uruchomienie pól stacji elektroenergetycznej osobiście, a nie przy udziale podwykonawców - na skutek udzielonych wyjaśnień z 23 sierpnia 2019 r. nie mogło zatem dojść do zmiany treści oferty. Co więcej, gdyby przyjąć że z treści oferty wynikało, że odwołujący nie zamierza wykonać osobiście prac dotyczących uruchomienia pól stacji elektroenergetycznej, to wówczas zbędne byłoby wzywaniem odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, a zamawiający mógłby odrzucić ofertę odwołującego bez dokonania procedury z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, odnosząc się do uzasadnienia decyzji zamawiającego, na dokonanie przez zamawiającego błędnej wykładni art. 36a ust. 2 oraz 36b ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą w ocenie zamawiającego zawarta w ofercie i JEDZ informacja nt. nazw podwykonawców oraz zakresów zamówienia, których powierzenie wykonawca rozważa stanowi element merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy. Niezależnie od tego czy zamawiający zastrzegł w s.i.w.z. obowiązek osobistego wykonania danej części zamówienia przez wykonawcę, dane na temat podwykonawców oraz części zamówienia, które mogą być przez nich realizowane ma zawsze charakter wyłącznie informacyjny, który nie rodzi obowiązku ani też nie wpływa na możliwość wykorzystania potencjału danego podwykonawcy przy realizacji zamówienia. Zobowiązanie zaciągnięte w ofercie ma zawsze charakter osobistego zobowiązania wykonawcy do wykonania zamówienia w sposób oraz na warunkach określonych w s.i.w.z. Innymi słowy, informacje nt. podwykonawstwa nie obligują wykonawcy ani też nie dają zamawiającemu uprawnień do żądania od wykonawcy zaangażowania konkretnego podwykonawcy lub wykonania przez takiego podwykonawcę konkretnej części zamówienia. Wyjątek od powyższej zasady stanowi jedynie sytuacja, w której wykonawca polega na potencjale podwykonawcy - podmiotu trzeciego, który zobowiązuje się do udostępnienia swojego potencjału oraz do udziału w realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż oceniając treść oferty oraz zakres zobowiązania zaciągniętego przez wykonawcę zamawiający niewątpliwie winien brać pod uwagę całokształt treści oferty oraz oświadczeń złożonych przez wykonawcę. W świetle powyższego odwołujący zauważył, iż w treści oferty odwołujący złożył jednoznaczne oświadczenia i zapewnienia o następującej treści: *„My niżej podpisani w imieniu i na rzecz Wykonawcy wskazanego w powyższej tabeli oferujemy zgodnie z wymaganiami zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym Wzorze Umowy, jak też przepisami prawa obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej stosowanymi do prac będących przedmiotem zamówienia, wykonanie zamówienia objętego postępowaniem (...) Zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i przyjmujemy ją bez zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje potrzebne do prawidłowego przygotowania oferty.”*

Powyższe oświadczenia i zapewnienia, choć typowe dla ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, niewątpliwie wyznaczają zakres zobowiązania zaciągniętego przez wykonawcę oraz określają sposób w jaki wykonawca zobowiązuje się wykonać zamówienie, a więc również obejmującego zobowiązanie wykonawcy do osobistego wykonania części zamówienia obejmującego uruchomienie pól stacji elektroenergetycznej.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

W ocenie Izby, decydującym elementem rozstrzygającym zarzuty odwołania jest prawidłowe ustalenie definicyjne pojęć uruchomienie i rozruch. Zdaniem Izby prymat wśród tych dwóch pojęć, a zarazem sformułowaniem szerszym, obejmującym większy zakres czynności, jest uruchomienie. Powyższe ustalenie, w przedmiotowym postępowaniu, wynika z treści dokumentacji postępowania opracowanej przez zamawiającego, a także z powszechnie obowiązujących standardów.

Jak słusznie wskazał zamawiający, w odniesieniu do zakresu pojęć „uruchomienie” i „rozruch” należy zauważyć, że zgodnie z definicją Słownika Języka Polskiego (PWN) przez „uruchomienie” należy rozumieć - wprawić mechanizm, urządzenie itp. w ruch, zapoczątkować działanie czegoś. Natomiast przez „rozruch” należy rozumieć uruchomienie urządzenia technicznego. Powyższe definicje należy uznać za bardzo zbliżone, odpowiadające sobie zakresowo. Konieczne jest zatem odniesienie się do definicji zawartych w dokumentacji postępowania. Integralną częścią uruchomienia pól stacji elektroenergetycznych (a więc zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania) jest rozruch, którego definicja znajduje się w rozdz. VI pkt. 2.1 lit. c) ppkt 7 części 1 s.i.w.z.: „Rozruch (w tym przypadku rozumiany jako uruchomienie stacji elektroenergetycznej) należy przez to rozumieć, co najmniej sprawdzenie poprawności montażu urządzeń, parametryzacja i wprowadzenie nastawień, podłączenie zasilania, uaktywnienie wymaganych

funkcjonalności, przeprowadzenie badań i testów sprawdzających funkcjonowanie urządzeń przed ich załączeniem pod napięcie sieciowe, badania kontrolno-pomiarowe, pomontażowe, współdziałal przy wykonaniu prób napięciowych i obciążeniowych.”.

W zakres uruchomienia stacji elektroenergetycznej wchodzi szereg ww. czynności, których przeprowadzenie zostaje potwierdzone odpowiednimi dokumentami takimi jak: protokół sprawdzeń pomontażowych, protokół badań izolacji uzwojeń wtórnych, protokół sprawdzenia ciągłości obwodów, protokół sprawdzenia obciążalności rdzeni, dokumentacja szaf obwodów pomiarowych energii i JEE z naniesionymi poprawkami grupy rozruchowej, oświadczenie wykonawcy o gotowości urządzeń do podania napięcia.

Wykonanie tych czynności pozwala dopiero na podanie napięcia do przeprowadzenia prób napięciowych i obciążeniowych, po wykonaniu których stacja zostaje uruchomiona.

Podnieść również należy, iż każdorazowo czynnością poprzedzającą odbiór elementu Stacji Elektroenergetycznej - pola, systemu, urządzenia jest przedłożenie przez wykonawcę do Kierownika Projektu zgłoszenia gotowości do odbioru. Wraz z tym zgłoszeniem wykonawca przekazuje m.in. dokumentację potwierdzającą gotowość elementu Stacji Elektroenergetycznej do odbioru. Jednym z jej składników jest dokumentacja obwodów wtórnych z naniesionymi poprawkami grupy rozruchowej oraz oświadczeniem Kierownika grupy rozruchowej i Kierownika budowy o pozytywnym zakończeniu rozruchu. Te dokumenty są dopiero podstawą do rozpoczęcia testów SAT. Cały ten proces to proces uruchamiania Stacji Elektroenergetycznej.

Przyjmując zatem powyższe ustalenia za prawidłowe, mając na uwadze treść rozdz. X pkt 1 i 2 części I s.i.w.z., w którym zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia polegającej na uruchomieniu pól stacji elektroenergetycznej 400/110 kV Pasikowice, rozumianych jako pola zawierające, co najmniej (łącznie): wyłączniki przekładniki prądowe i napięciowe (także kombinowane) oraz automatykę zabezpieczeniową wraz z montażem obwodów pierwotnych i wtórnych, w tym układów ogólnostacyjnych dla tych pól z wyłączeniem prac, które realizowane są przez dostawców aparatury i urządzeń oraz wymagał wskazania części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, stwierdzić należało, iż odwołujący złożył ofertę, która jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. wypełnia konsekwencje wynikające z dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ww. okoliczność wynika z faktu, iż odwołujący w treści swojego formularza oferty oraz w pkt D cz. 11 JEDZ, wskazał jako podwykonawcę w zakresie prac rozruchowych spółkę ENERGOPOMIAR.

Skoro zatem w zakres zastrzeżonego przez zamawiającego zakresu do osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę wchodzi (zgodnie rozdz. X pkt 1 s.i.w.z.) uruchomienie pól stacji elektroenergetycznej 400/110 kV Pasikowice, to odwołujący

wskazując w swojej ofercie, iż zakres robót dotyczący rozruchu (czyli elementu uruchomienia) zleci podwykonawcy, złożył oświadczenie, które w swojej treści sprzeczne jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Potwierdzeniem powyższego jest załącznik nr 6 do Procedury odbioru i sprawdzenia technicznego składników majątku sieciowego PSE S.A. w ramach procesu inwestycyjnego nr 166.001.CJI/Z/2017, która to Procedura stanowi integralną część s.i.w.z. (załącznik nr 3 do wzoru Umowy), zatytułowany *„Zestawienie dokumentacji odbiorczej dostarczanej przez Wykonawcę oraz zakres weryfikacji i sprawdzeń dokonywanych przez ZP dla dostaw aparatury/urządzeń/materiałów oraz dla prac budowlano-montażowych w zakresie majątku sieciowego”*, który w punkcie II. Stacje elektroenergetyczne-obwody pierwotne oraz III. Stacje elektroenergetyczne obwody wtórne, określa działania wykonawcy dla poszczególnych elementów stacji wraz z dokumentami przez niego dostarczanymi.

Odnosząc się zaś do doniosłości prawnej i wynikającej z niej skutków prawnych dotyczących podania w ofercie (oraz JEDZ) informacji o zamierzeniu powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, Izba wskazuje, że treść takiego oświadczenia należy utożsamiać z formułą postanowień treści s.i.w.z., opracowaną przez zamawiającego, w zakresie konkretnego postępowania i zastrzeżeniem obowiązku świadczenia kluczowych części zamówienia do osobistego wykonania (art. 36a ust. 2 ustawy Pzp - Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę: 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi; 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.).

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej w sytuacji, gdy zamawiający w s.i.w.z. zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę określonych kluczowych części zamówienia lub prac, to treść oświadczenia wykonawcy, złożona w ofercie wykonawcy stanowi jej merytoryczną zawartość, skutkującą koniecznością badania przez zamawiającego pod kątem zgodności z s.i.w.z. i wynikającą z tego sankcją odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Okoliczność taka wynika bowiem z faktu, iż skoro zamawiający wymaga (zastrzega) wykonania prac wyłącznie przez wykonawcę składającego ofertę, to wskazanie w ofercie (dla zastrzeżonego zakresu) podwykonawcy, skutkuje twierdzeniem o sprzeczności treści oferty z s.i.w.z. Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w przypadku, gdy zamawiający nie zastrzega osobistego świadczenia realizacji zamówienia w zakresie kluczowych części zamówienia lub prac, albowiem w tej sytuacji mamy do czynienia jedynie z oświadczeniem technicznym, formalnym. Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 8 marca 2019 r., sygn. akt KIO 282/19, *„(...) oświadczenie o zamiarze wykonania części zamówienia za pomocą podwykonawców stanowi merytoryczną treść zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia w rozumieniu*

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jedynie w przypadku, gdy zamawiający zastrzeże konkretne zakresy przedmiotu zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę. Wówczas zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazuje, że jego wolą jest, aby określone świadczenie było wykonane osobiście przez wykonawcę. Powierzenie określonego zakresu prac do wykonania przez podwykonawcę, gdy zakres ten został zastrzeżony do osobistego wykonania przez Wykonawcę stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegającą na nieprawidłowym określeniu sposobu wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt. 10) ustawy Pzp w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 36a ust. 2. Jeżeli więc wykonawca wskazuje w formularzu ofertowym na zamiar powierzenia wykonania zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania podwykonawcy, treść oferty staje się niezgodna z treścią SIWZ.”

Izba stwierdziła również, iż opieranie się li tylko na generalnych oświadczeniach wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień s.i.w.z. wraz z załącznikami, należy uznać za niewystarczające dla stwierdzenia zgodności treści oferty wykonawcy. W przypadkach, w których zamawiający formułuje szczegółowe oczekiwania co do treści oferty, oświadczenia o zapoznaniu się i zaakceptowaniu s.i.w.z. (i inne o podobnym charakterze) mają wyłącznie pomocnicze znaczenie, pozwalając ewentualnie na rozstrzygnięcie wątpliwości mogących powstać na gruncie dokumentów opisujących zobowiązanie wykonawcy. Nie mogą one natomiast *per se* stanowić o zaoferowaniu świadczenia odpowiadającego oczekiwaniom zamawiającego.

W ocenie Izby, niezasadne jest również stanowisko odwołującego, co do możliwości zmiany oświadczenia złożonego w ofercie w zakresie podwykonawcy, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten daje bowiem zamawiającemu uprawnienie do żądania 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. Skoro zatem merytoryczna treść oferty podlegająca ocenie przez zamawiającego może być jedynie wyjaśniania, a nie negocjowana, to zmiana treści oświadczenia złożonego w ofercie przez odwołującego jest niedopuszczalna.

Podnieść należy, iż przedłożone przez odwołującego wyjaśnienia, co do samodzielnej realizacji prac rozruchowych, stanowią zaprzeczenie treści wskazanej w formularzu oferty, co do powierzenia tych prac podwykonawcy ENERGOPOMIAR. W związku z powyższym nie mogły zostać uwzględnione w toku badania i oceny ofert. Z kolei dalsze wyjaśnianie oferty odwołującego stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Izba stwierdziła, iż dowody złożone przez zamawiającego zawierające zdjęcia stacji transformatorowych i pól stacji oraz schematy połączeń, potwierdzają jedynie aktualny i zamierzony cel inwestycji, tym samym są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: