

**WYROK**  
z dnia 8 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Bogdan Artymowicz  
Luiza Łamejko  
Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2011 r. przez wykonawcę **SIEMENS Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., 05-520 Konstancin Jeziorna, ul. Warszawska 165**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SIEMENS Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SIEMENS Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **SIEMENS Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** na rzecz **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., 05-520 Konstancin Jeziorna, ul. Warszawska 165** 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. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiocie rozbudowy stacji 400/110 kV Słupsk.

Pismem z dnia 14 listopada 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach.

Wobec takiej czynności zamawiającego odwołanie w dniu 24 listopada 2011 r. złożył wykonawca Siemens Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3, ewentualnie art. 90 ust. 1, 2 i 3, ewentualnie 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej także „Pzp”.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2) odrzucenia oferty Elektrobudowa S.A.,
- 3) ewentualnie zwrócenia się do spółki Elektrobudowa S.A. o udzielenie wyjaśnień czy oferta ta zawiera cenę rażąco niską,
- 4) ewentualnie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zakresie zobowiązania firmy ZAPADELEKTROSETSTROY O.S.A. do oddania do dyspozycji wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do zrealizowania zamówienia,
- 5) ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż oferta Elektrobudowy S.A., zawiera cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia, cenę rażąco niską i jako taka powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący podnosił, iż cena ofert wykonawcy Elektrobudowa S.A., (58.900.000,00 zł netto/72.447.000,00 zł brutto) stanowi ok. 58% wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez zamawiającego na 101.500.000,00 zł netto. Wskazywał również, iż cena oferty wybranej, jako najkorzystniejsza znacząco odbiega od cen zaproponowanych przez innych wykonawców. W porównaniu do uśrednionej ceny ofert pozostałych wykonawców, biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, cena ofert wykonawcy Elektrobudowa S.A., stanowi zaledwie 74 % tej ceny. Zdaniem odwołującego z uwagi na tak niską cenę, zamawiający miał obowiązek zastosować

procedurę opisaną w art. 90 Pzp i zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Ponadto odwołujący podnosił, iż zamawiający w części III SIWZ Wzory formularzy, na str. 14 zastrzegł, że harmonogram rzeczowo-finansowy należy opracować przy wstępnym założeniu daty 15 grudnia 2011 r., jako daty podpisania umowy między zamawiającym a wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana. W ocenie odwołującego wskazanie przez wybranego wykonawcę w harmonogramie daty 27 września 2011 r., jako początek realizacji zamówienia, stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Zdaniem odwołującego zachodzi uzasadniona obawa, że wybrany wykonawca nie będzie w stanie dotrzymać zastrzeżonych przez zamawiającego terminów zakończenia Etapu I i Etapu II, a zatem nie zrealizuje zamówienia w zakreślonym przez zamawiającego czasie. W ocenie odwołującego mając na względzie powyższe oferta wykonawcy Elektrobudowa S.A., powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dalszej kolejności odwołujący podnosił, iż zamawiający w sposób nieuprawniony poprawił w harmonogramie wykonawcy Elektrobudowa S.A., terminy określone dla Etapu I i II zamówienia, czym naruszył dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W ocenie odwołującego treść oferty wykonawcy Elektrobudowa S.A., nie pozwala na przyjęcie, że wskazał on omyłkowo daty wyszczególnione w piśmie zamawiającego z dnia 20 października 2011 r., i tym samym wskazanie dat niezgodnie z treścią SIWZ winno powodować jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dodatkowo odwołujący wskazywał, że w ofercie wybranego wykonawcy znajduje się zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez firmę ZAPADELEKTROSETSTROY O.S.A., które zostało podpisane przez Pana Aleksandra Wiktorowicza Klimowa. Odwołujący podnosił, iż na podstawie dokumentów załączonych do oferty nie można ustalić, czy osoba podpisująca zobowiązanie jest uprawniona do reprezentowania podmiotu składającego oświadczenie o udostępnieniu potencjału wiedzy i doświadczenia. W ocenie odwołującego, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający winien był wezwać wybranego wykonawcę do wyjaśnień lub złożenia odpowiednich dokumentów w powyższym zakresie.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający, Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest rozbudowy stacji 400/110 kV Słupsk.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 sierpnia 2011 r. pod numerem 2011/S 156-260349.

Zgodnie z protokołem postępowania zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 101.500.000,00 zł w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających w kwocie 20.300.000,00 zł. Wartość zamówienia została określona na podstawie nakładów szacowanych przez Biuro Projektowo-Wykonawcze Energotelprojekt Sp. z o. o., w opracowanym przez nią dokumencie: „Program funkcjonalno-użytkowy na rozbudowę stacji 400/110 kV Słupsk”.

Zgodnie z pkt 4.1 SIWZ – Część I, Wskazówki dla Wykonawców - zamawiający wymagał aby przedmiot zamówienia został zrealizowany do 30 lipca 2013 r., w tym: Etap I do 31 grudnia 2012 r., Etap II do 30 lipca 2013 r. Dodatkowo zgodnie z pkt 7.21. wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia wraz z ofertą harmonogramu rzeczowo-finansowego zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 9 Części III SIWZ. Zamawiający wymagał, aby harmonogram rzeczowo-finansowy opracować w programie MS-Project 2007 w postaci wykresu, według wzoru określonego w załączniku nr 9 do SIWZ, przy wstępnym założeniu daty 15 grudnia 2011 r., jako daty podpisania umowy między zamawiającym a wykonawcą. Ponadto zamawiający w załączniku nr 9 do SIWZ podkreślił, iż pod tabelą wskazano terminy, których dotrzymanie jest wymagane przez zamawiającego, tj. terminy określone w pkt 4.1. SIWZ

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach na kwotę 72.447.000,00 zł brutto;
- 2) SAG Elbud Gdańsk Holding S.A. z siedzibą w Gdańsku na kwotę 106.984.686,80 zł brutto;
- 3) Konsorcjum firm: Wojciech Baranowski „Elektro-Silver” (lider) oraz E.I.P. Electricidade Industrial Portuguesa S.A., z siedzibą dla lidera w Łomży na kwotę 78.289.363,94 zł brutto;
- 4) Eltel Networks Olsztyn S.A., z siedzibą w Olsztynie na kwotę 100.668.845,70 zł brutto;
- 5) Siemens Sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie na kwotę 89.867.515,83 zł brutto;
- 6) Elfeko S.A. z siedzibą w Gdyni na kwotę 109.347.000,00 zł brutto.

Izba ustaliła również, iż pismem z dnia 20 października 2011 r. zamawiający poinformował wykonawcę Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach o poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 omyłek polegających na niezgodności jego oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian treści oferty. Poprawieniu uległ harmonogram rzeczowo-finansowy w zakresie dat dotyczących rozpoczęcia i zakończenia działań informacyjno-promocyjnych dla Etapu I (poprawione pozycje harmonogramu: od 741 do 744, strona 178 oferty) oraz dla Etapu II (poprawione pozycje harmonogramu: od 415 do 418, strony 192 i

193 oferty). Pismem z dnia 21 października 2011 r. wykonawca Elektrobudowa S.A. wyraził zgodę na poprawienie omyłek w sposób wskazany przez zamawiającego.

Pismem z dnia 14 listopada 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach. Tym samym pismem zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm: Wojciech Baranowski „Elektro-Silver” (lider) oraz E.I.P. Electricidade Industrial Portuguesa S.A., z siedzibą dla lidera w Łomży.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron 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 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zgłoszonych zarzutów nie sposób podzielić stanowiska odwołującego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp należy wskazać w pierwszej kolejności, iż odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że oferta wybranego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską, nierealną, za którą nie da się w sposób należyty wykonać przedmiotu zamówienia opisanego przez zamawiającego. Za powyższym nie przemawia również odniesienie ceny wybranej oferty do wartości szacunkowej zamówienia. Należy wskazać, iż jako podstawę odniesienia odwołujący przyjął wartość szacunkową zamówienia w wysokości 101.500.000,00 zł. Takie porównanie jednak było nieprawidłowe, gdyż kwotą odniesienia winna być kwota 81.200.000,00 zł, tj. wartość szacunkowa zamówienia ustalona na kwotę 101.500.00,00 zł pomniejszona o wartość planowanych zamówień uzupełniających 20.300.000,00 zł. W ocenie Izby zaproponowana przez Elektrobudowę S.A., cena nie odbiega od ustalonej wartości szacunkowej zamówienia. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż zaproponowana cena oferty wybranego wykonawcy nie odbiega również w znaczący sposób od pozostałych ofert złożonych przez innych wykonawców w postępowaniu

a różnice pomiędzy poszczególnymi cenami stanowią odzwierciedlenie normalnej konkurencji rynkowej. Powyższe potwierdza prawidłowość stanowiska zamawiającego, iż zaproponowana przez Elektrobudowę S.A. cena nie mogła budzić uzasadnionych wątpliwości, czy też podejrzenia, że jest rażąco niska. Dopiero takie przekonanie zamawiającego rodziłoby po jego stronie konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 ust. 1 Pzp. Wobec braku podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej niezasadnym było występowanie do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dlatego też zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp Izba uznaje również za niepotwierdzony. Za przedwczesne należało uznać formułowanie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 Pzp. Dopiero po ewentualnym wszczęciu procedury wyjaśniającej, a następnie po dokonaniu oceny takich wyjaśnień odwołujący mógłby postawić zarzut nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień oraz ewentualne zaniechanie odrzucenia oferty.

Za nieuzasadniony należało również uznać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ocenie Izby w ofercie wybranego wykonawcy brak jest niezgodności, które skutkowałyby jej odrzuceniem. Nie sposób podzielić stanowiska odwołującego, iż taką niezgodnością było przyjęcie przez wybranego wykonawcę w harmonogramie rzeczowo-finansowym jako początkowej daty 27 września 2011 r. Należy wskazać, iż data 15 grudnia 2011 r., a zawarta w załączniku nr 9 do SIWZ nie była datą bezwzględnie obowiązującą istotną dla zamawiającego i jako taka nie mogła być podstawą do uznania, iż oferty wybranego wykonawcy jest w tym zakresie niezgodna z treścią SIWZ. Na powyższe wskazują m.in. takie stwierdzenia jak: „(...) Harmonogram rzeczowo-finansowy należy opracować (...) przy wstępnym założeniu daty 15 grudnia 2011 r., jako daty podpisania umowy między zamawiającym a wykonawcą.”. Oczywiście jest, iż ani zamawiający ani wykonawcy nie są w stanie przewidzieć dokładnej daty podpisania umowy. Dlatego też w ocenie Izby przyjęcie jako początkowej daty innej niż wstępna zakładana przez zamawiającego nie może stanowić o niezgodności takiej oferty z treścią SIWZ. Za niewiążącym charakterem daty 15 grudnia 2011 r., wskazanej przez zamawiającego w załączniku nr 9 do SIWZ przemawia również fakt, iż zarówno w SIWZ jak i w w/w załączniku zamawiający określił daty, których dotrzymanie jest przez niego wymagane, tj. zakończenia I i II Etapu. Zarówno odnośnie zakończenia Etapu I wyznaczonego do dnia 31 grudnia 2012 r., jak i zakończenia Etapu II wyznaczonego do dnia 30 lipca 2013 r. ofertę wybranego wykonawcy należy uznać za zgodną z treścią SIWZ. Jako datę zakończenia Etapu I wybrany wykonawca wskazał 28 grudnia 2012 r. natomiast jako datę zakończenia Etapu II - 15 lipca 2013 r. Za błędne należy również uznać stanowisko odwołującego, że przyjęcie terminu rozpoczęcia prac o 50 dni wcześniej niż zakładał zamawiający spowodowałoby zagrożenie wykonania zamówienia w zastrzeżonych terminach. Nie bez znaczenia jest fakt, iż zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym

złożonym przez wybranego wykonawcę pierwsze czynności planowane są od dnia 15 grudnia 2011 r. a więc zakładanego przez zamawiającego terminu podpisania umowy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż z uwagi na to, że zamawiający zamierza częściowo sfinansować zamówienie ze środków funduszy europejskich zobowiązany jest on do prowadzenia odpowiednich działań informacyjno-promocyjnych. Bezspornym jest również, iż składając ofertę wybrany wykonawca zobowiązał się do prowadzenia powyższych działań na zadaniu zgodnie z zasadami promocji projektów dla beneficjentów PO IiŚ oraz zasadami stosowania znaku, budowania ciągu znaków, wynika to zarówno z adnotacji zawartej w złożonym harmonogramie rzeczowo-finansowym jak i zaakceptowanego wzoru umowy (§ 11 ust. 33 i 34). W ocenie Izby dokonane przez zamawiającego poprawienia dat rozpoczęcia i zakończenia działań informacyjno-promocyjnych nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Nie ulega wątpliwości, że wybrany wykonawca podpisując umowę na mocy jej zapisów zobowiąże się również do prowadzenia działań informacyjno-promocyjnych na zasadach określonych w Programie Operacyjnym Infrastruktura i Środowisko.

Za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. W ocenie Izby brak było podstaw do żądania dokumentów potwierdzających umocowanie osób podpisujących oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu żadnych wymagań dotyczących dokumentów przedkładanych przez podmioty trzecie udostępniające swoje zasoby. Bezspornym jest również, iż wybrany wykonawca nie będzie posługiwał się podmiotem trzecim, jako podwykonawcą. Wskazuje na to treść oświadczenia zawarta na stronie 145 oferty, z którego wynika, iż wykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia nie zamierza żadnych prac powierzać podwykonawcom.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 29 lipca 2011 r., (sygn. akt KIO 1530/11) należy wskazać, iż „(...) konieczności weryfikacji skuteczności złożonych przez podmioty trzecie oświadczeń woli, nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach prawa. Ustawodawca uznał za wystarczającą dla zamawiającego ochronę przed fikcyjnym korzystaniem z cudzych zasobów w postaci możliwości żądania dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia (§1 ust. 2 rozporządzenia w związku z § 2 rozporządzenia). Nie sposób nie uznać racjonalności ustawodawcy, który zakłada działanie wykonawców zgodnie z prawem i w oparciu o to założenie, nie nakłada na podmioty nie będące uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (podmioty udostępniające zasoby) dodatkowych obciążeń w postaci składania konkretnych dokumentów. Ograniczenie uprawnień zamawiającego w tym zakresie do oceny przedłożonych przez wykonawców dowodów służy także zapobieganiu arbitralności zamawiającego, który mógłby nadużywać swojej pozycji



przy określaniu, jaki dowód uzna za wiarygodny, a jaki nie.”. W ocenie Izby zamawiający ma jedynie prawo i obowiązek oczekiwać od wykonawców wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Jego prawo nie rozciąga się jednak na uprawnienie żądania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust.3 Pzp, które nie mieszczą się w katalogu dokumentów przewidzianych w § 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jak i których złożenia zamawiający nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu. Izba dodatkowo wzięła pod uwagę, iż wybrany wykonawca, choć nie był do tego zobowiązany, na stronach od 15 do 20 oferty zawarł odpis aktualny z Krajowego Rejestru Sądowego (oryginał wraz z tłumaczeniem) podmiotu trzeciego udostępniającego mu swoje zasoby wiedzy i doświadczenia, w którym jako kierownik tego podmiotu ujawniono osobę, która podpisała oświadczenie o udostępnieniu potencjału. Mając powyższe na względzie, działania zamawiającego należało uznać za prawidłowe.

W ocenie Izby, brak potwierdzenia się powyższych zarzutów determinuje uznanie, jako niezasadnego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, gdyż zamawiający prowadzi postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zgodnie z przepisami Pzp.

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:** .....

**Członkowie:** .....

.....