

Sygn. akt: KIO/361/11

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

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2011 r. przez **Marka Bazylewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe „ELEKTROBUD” Marek Bazylewicz, Przyczyna Dolna 39, 67-400 Wschowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Południowy Koncern Energetyczny S.A., ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice**

**orzeka:**

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Marka Bazylewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe „ELEKTROBUD” Marek Bazylewicz, Przyczyna Dolna 39, 67-400 Wschowa, i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Marka Bazylewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe "ELEKTROBUD" Marek Bazylewicz, Przyczyna Dolna 39, 67-400 Wschowa** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2.** zasądza zapłatę kwoty w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Marka Bazylewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe „ELEKTROBUD” Marek Bazylewicz, Przyczyna Dolna 39, 67-400 Wschowa** na rzecz **Południowego Koncernu Energetycznego S.A., ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice**, która to kwota stanowi koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Południowy Koncern Energetyczny S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Modernizację rozdzielni OBA1, OCN1, OCN2, silników i zasilających wentylatorów młynowych oraz kabli zasilania podstawowego 2BB w PKE S.A. Elektrownia Jaworzno III*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 7 grudnia 2010 r., pod nr: 2010/S 237-362340. Postępowanie to zostało podzielone na cztery części z możliwością składania ofert częściowych.

W postępowaniu tym wykonawca Marek Bazylewicz, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe „ELEKTROBUD” Marek Bazylewicz z siedzibą w Przyczynie Dolnej, poczta Wschowa (dalej: „Odwołujący”) w dniu 23 lutego 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w dniu 21 lutego 2011 r. Odwołanie dotyczyło części pierwszej zamówienia, tj. „*Modernizacji rozdzielni potrzeb ogólnych 6kV OBA 1 w Elektrowni Jaworzno*”. Informację o czynności stanowiącej podstawę wniesionego odwołania Zamawiający przesłał Odwołującemu drogą pocztową w dniu 9 lutego 2011 r.

W odwołaniu podniesiono następujące zarzuty:

- 1) niezgodne z przepisami ustawy Pzp odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 2) zaniechanie wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści złożonej oferty.

W efekcie tych czynności Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach, co było – zdaniem Odwołującego – niezgodne z przepisami prawa.

W tym zakresie Odwołujący wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 i art. 7 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonanie ponownej oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. uznanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego za bezskuteczną.

W uzasadnieniu złożonego odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego z powodu niedołączenia do niej wymaganego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) Wstępnego Harmonogramu Realizacji Prac naruszył przepisy ustawy Pzp, ponieważ pominął to, że jednym z załączników do oferty był Harmonogram Rzeczowo-Finansowy Fakturowania, który to dokument stanowi uszczegółowienie Wstępnego Harmonogramu realizacji Prac. Odwołujący podkreślił, że w załączonym do oferty dokumencie podane są wszystkie etapy realizacji całego zadania, rozpisane w sposób bardzo szczegółowy, z określonymi datami kalendarzowymi. Podkreślił, że z dołączonego do oferty Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego Fakturowania wynika, że całe zadanie podzielone zostało na etapy realizacyjne, a do każdego z etapów został przyporządkowany dokładny termin jego realizacji i termin odbioru prac. Wskazał też, że w pkt 8.3 oferty na stronie 5 określony został termin rozpoczęcia i zakończenia realizacji zadania, tj. od 1 marca 2011 r. do 6 grudnia 2011 r. w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. Ponadto wskazane w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym Fakturowania daty zakończenia poszczególnych etapów prac nie stoją w sprzeczności z terminem realizacji prac narzuconym przez Zamawiającego. Wskazał też na złożenie w ofercie (pkt 8.4 str. 5) oświadczenia o akceptacji wzoru umowy określonego w rozdziale IV SIWZ oraz że w § 6 ust. 1 pkt 4 umowy wprowadzono postanowienia dotyczące terminów odbioru poszczególnych etapów. Podkreślił też, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, że Zamawiający powinien był dokonać oceny oferty jako całości, a nie czyniąc to wybiórczo.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający we wskazanym aspekcie powinien był zwrócić się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że w tym zakresie nie doszłoby do niedopuszczalnych w świetle tego przepisu negocjacji z wykonawcą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. Zarzuty odwołania dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, co pozbawia tego wykonawcę możliwości uzyskania niniejszego zamówienia i naraża go na wymierną szkodę. Podnoszone w tym zakresie zarzuty Odwołującego uzasadniają – stosownie do dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - prawo Odwołującego do złożenia niniejszego odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty Odwołującego. Izba uwzględniła także pisemne i ustne stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz wyciągi z ofert w postaci Wstępnych Harmonogramów Realizacji Prac wykonawców: ELEKTROMONTAŻ Energetyka z siedzibą we Wrocławiu, JPC S.A. z siedzibą w Będzinie i ELEKTROBUDOWA S.A z siedzibą w Katowicach, załączone do ofert tych wykonawców i przedłożone w toku rozprawy przez Zamawiającego.

Izba biorąc pod uwagę przede wszystkim dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia stron postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

Zamawiający w SIWZ w niniejszym postępowaniu określił wzór formularza ofertowego (Rozdział II SIWZ), gdzie w ppkt 17 pkt 9 tego formularza wśród załączników do oferty wskazuje się na Wstępny Harmonogram Realizacji Prac. Zamawiający w SIWZ wzoru tego dokumentu nie określił. W ppkt 18 wskazuje się na dokument Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego Fakturowania, którego wzór został załączony do SIWZ jako załącznik nr 3

Części 1 zamówienia (Rozdział IV SIWZ). W postanowieniach pkt J Rozdziału I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców) ppkt 6 Zamawiający wskazał, że oferta winna zawierać wypełniony Formularz oferty wraz z załącznikami wg. Rozdziału II SIWZ. W ppkt 7 Zamawiający wskazał, że oferta oraz pozostałe dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory (załączniki nr 1, 2 i 3 do Rozdziału IV SIWZ), muszą być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.

W Rozdziale IV SIWZ Zamawiający określił wzór umowy, gdzie w § 13 „*Postanowienia końcowe*” – w pkt 12 określił, iż integralną część umowy stanowią określone załączniki, wśród których w pkt 4 jako Załącznik nr 4 wskazano Harmonogram Realizacji Przedmiotu Umowy.

W zakresie zadania nr 1 niniejszego zamówienia złożono do Zamawiającego pięć ofert. Ofertę złożył też Odwołujący. Do oferty Odwołującego nie dołączono Wstępnego Harmonogramu Realizacji Prac, pomimo wskazania na stronie 17 oferty wśród załączników oferty. Okoliczność ta była bezsporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Do oferty Odwołującego na str. 55 załączono Harmonogram Rzeczowo-Finansowy Fakturowania (załącznik nr 3 dla Części 1 zamówienia).

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że nie spełniana ona wymogów treści SIWZ co do przedłożenia Wstępnego Harmonogramu Prac i tym samym jest sprzeczna z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niekwestionowanym przez obydwie strony postępowania odwoławczego było, że Zamawiający w SIWZ określił wymóg dołączenia do ofert składanych w niniejszym postępowaniu Wstępnego Harmonogramu Prac. Niesporną okolicznością w sprawie jest także to, że Odwołujący takiego harmonogramu nie złożył wraz z ofertą pomimo literalnego wskazania wśród załączników oferty tego właśnie dokumentu.

Sporna natomiast pomiędzy stronami postępowania jest ocena tej okoliczności, że ów harmonogram nie został złożony. Zamawiający wywodził, że wskazany harmonogram był wymagany w SIWZ jako merytoryczny wymóg. Wskazywał, że żądanie w SIWZ dotyczyło przedłożenia dwóch odrębnych dokumentów: Wstępnego Harmonogramu Prac oraz Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego Fakturowania. Obydwa dokumenty powinny być zatem jego zdaniem dołączone do oferty Odwołującego. Zamawiający wywodził także jak istotne znaczenie dla prawidłowości realizacji zamówienia ma harmonogram prac, który służy skoordynowaniu prac wykonawcy w elektrowni z bieżącą, techniczną działalnością elektrowni, określa bowiem czas, kiedy wykonawca zamierza rozpocząć i zakończyć poszczególne czynności modernizacji. Zamawiający także wskazał, że w tym zakresie

Odwołujący nie złożył Zamawiającemu wiążącego oświadczenia woli, które określałoby, kiedy wykonawca będzie wykonywał poszczególne prace. Podkreślił także, że ów dokument będzie stanowił załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego jako Harmonogram Realizacji Przedmiotu Umowy.

Odwołujący zaś wskazywał na to, że ów załącznik nie ma istotnego znaczenia merytorycznego w postępowaniu i w sposób bardziej wyczerpujący może go zastąpić także wymagany przez Zamawiającego i przez Odwołującego załączony do oferty Harmonogram Rzeczowo-Finansowy Fakturowania.

Izba oceniając niniejszą sprawę doszła do przekonania o słuszności stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w sprawie. Izba uznała, że w tym przypadku wymóg dołączenia do ofert w postępowaniu Wstępnego Harmonogramu Prac stanowił wymóg merytoryczny, a więc stanowił treść oferty, zatem jego niespełnienie wskazuje na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ów dokument stanowił będzie, zgodnie z przywołanymi zapisami SIWZ, załącznik do wykonywanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. To, że Zamawiający nie określił w SIWZ szczegółowych wymogów dotyczących sporządzenia wskazanego dokumentu, nie stanowi o zmianie charakteru żądanego przez niego dokumentu. Harmonogram Realizacji Prac – w szczególności przy tak skomplikowanych pracach, jakie będą prowadzone w niniejszym postępowaniu w Elektrowni – stanowi szczegółowe oświadczenie woli wykonawcy odnoszące się do czasu realizacji poszczególnych prac objętych przedmiotem zamówienia z wyszczególnieniem tych rodzajów prac, biorąc pod uwagę w tym względzie postanowienia SIWZ odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia. W stosunkach gospodarczych tego rodzaju, z jakimi mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, przy zakresie niniejszego przedmiotu zamówienia, standardem jest przygotowywanie przez wykonawców tego rodzaju dokumentów, jak Harmonogram Realizacji Prac. W dokumencie takim należy uwzględnić planowane w ramach danego zamówienia, biorąc pod uwagę zapisy SIWZ, określonego rodzaju zadania, ze wskazaniem ich planowanego terminu rozpoczęcia i zakończenia. Brak tak istotnych w postępowaniu informacji przy skomplikowanym przedmiocie zamówienia, który będzie realizowany na działającej elektrowni, z czym związane są określone po stronie Zamawiającego przygotowawcze działania, mające na celu utrzymanie ruchu elektrowni pomimo modernizacji rozdzielni, *de facto* uniemożliwia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, chcąc się przed tym zabezpieczyć przewidział, że wykonawcy w oparciu o dostarczone im informacje przygotowują samodzielnie taki harmonogram realizacji prac, który także będzie stanowił załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Potwierdzeniem okoliczności, że dokument Harmonogramu prac jest typowym dokumentem w tego rodzaju zamówieniach, jak niniejsze, jest to, że pozostali wykonawcy – oprócz Odwołującego - którzy złożyli oferty w postępowaniu, takie dokumenty o zbliżonej formule przedłożyli Zamawiającemu. Dokumenty te określały poszczególne zadania wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia z wyszczególnieniem okresu rozpoczęcia i zakończenia realizacji poszczególnych prac (zadań).

Stanowisko Odwołującego prezentowane w odwołaniu i w toku rozprawy o tym, że treść załączonego do oferty Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego Fakturowania zastępuje poprzez uszczegółowienie zawartych tam danych i informacji, treść Harmonogramu Relacji Prac, w ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie. Przedłożony przez Odwołującego Harmonogram Rzeczowo-Finansowy Fakturowania fatycznie wyszczególnia zakres poszczególnych prac określając także termin końcowy ich realizacji, poprzez wskazanie terminu odbioru prac. Wskazuje on także termin wystawienia faktury za zrealizowanie określonego zakresu prac oraz wartość faktury, czyli wartość tych prac. Wzór tego dokumentu został przygotowany przez Zamawiającego z uwzględnieniem innego celu, mianowicie – finansowo księgowego, związanego z rozliczeniem poszczególnych prac, a nie biorąc pod uwagę kwestii, związanych z koordynacją realizacji całego zakresu prac w toku ich wykonywania. Ze wskazanych względów wzór tego dokumentu, a tym samym też dokument ten załączony do oferty przez Odwołującego, nie zawiera w swej treści istotnego elementu dla Harmonogramu Realizacji Prac mianowicie terminu rozpoczęcia realizacji każdego z zadań. Termin ten także – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie wynika także z pkt 8.3 formularza oferty Odwołującego (str. 11), gdzie zawarte jest ogólne oświadczenie wykonawcy, odnoszące się do terminu realizacji całej części I zamówienia zgodnie z wymogiem SIWZ, w okresie od 1 marca do 6 grudnia 2011 r. To ogólne oświadczenie woli wykonawcy co do terminu wykonania zamówienia nie wskazuje w żaden sposób na to, w jakich terminach Odwołujący rozpoczynałby realizację poszczególnych zadań w ramach części pierwszej zamówienia. Terminów tych Zamawiający musiałby się domyślać, natomiast na etapie realizacji zamówienia musiałby je od początku uzgadniać z wykonawcą.

W ocenie Izby także niedopuszczalne byłoby w tym zakresie naprawienie oferty Odwołującego w trybie art. 87 ustawy Pzp. Ewentualne prowadzone wyjaśnienia treści oferty musiałby doprowadzić *de facto* do uzupełnienia treści oferty poprzez złożenie nowego oświadczenia woli przez tego wykonawcę co do wskazania terminów rozpoczęcia realizacji poszczególnych prac objętych częścią pierwszą zamówienia. Powyższe stanowiłoby o niedopuszczalnych po stronie Zamawiającego negocjacji z jednym z wykonawców w postępowaniu, który złożył swoją ofertę w sposób odmienny od pozostałych wykonawców i odbiegający od wymogów merytorycznych SIWZ.



Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego w zakresie części pierwszej zamówienia, nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi Odwołującego, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba też, działając w oparciu o przepisy 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) zasądziła także - na podstawie przedłożonego w toku rozprawy do akt sprawy rachunku - uzasadnione koszty Zamawiającego, obejmujące koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:**

.....