

**Sygn. akt: KIO 1801/13**

**WYROK**  
**z dnia 12 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siemens Sp. z o.o. w Warszawie i Siemens Industrial Turbomachinery AB z siedzibą w Finspang, Szwecja w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Belchatowie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Mostostal S.A. w Warszawie i Ansaldo Energia S.p.A. z siedzibą w Genui, Włochy zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siemens Sp. z o.o. w Warszawie i Siemens Industrial Turbomachinery AB z siedzibą w Finspang, Szwecja i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie, prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę nowego bloku gazowo-parowego w PGE GiEK S.A. - Oddział Elektrociepłownia Gorzów.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE z dnia 28.12.2011 r. pod nr 2011/S 249-406708.

W dniu 15.07.2013 r. zamawiający zaprosił trzech wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, do udziału w aukcji elektronicznej.

W dniu 25 lipca 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Siemens Sp. z o.o. w Warszawie i Siemens Industrial Turbomachinery AB z siedzibą w Finspang, Szwecja (zwani dalej „Konsorcjum Siemens”) wnieśli odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energoinstal S.A. (Lider Konsorcjum), Mostostal Zabrze-Holding S.A. (Partner), Elektrobudowa S.A.(Partner) – zwanych dalej „Konsorcjum Energoinstal” – mimo, iż oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona;
- art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż zgodnie z kryteriami oceny ofert, oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą;
- art. 91 a ust. 1 Pzp poprzez zaproszenie wykonawców do aukcji elektronicznej, mimo że w niniejszym postępowaniu nie złożono trzech ofert nie podlegających odrzuceniu, a zatem aukcja elektroniczna nie może być przeprowadzona.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej, a w przypadku przeprowadzenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej unieważnienia czynności polegającej na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej z uwagi na brak przesłanek do jej przeprowadzenia, nakazanie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum Energoinstal, wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie oferta Konsorcjum Energoinstal S.A., Mostostal Zabrze-Holding S.A., Elektrobudowa S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający wymagał w treści SIWZ złożenia ofert wraz z m.in. Załącznikiem 19 do Kontraktu tj. Istotne Postanowienia Wieloletniej Umowy Serwisowej dla Turbozespołu Gazowego, którego część stanowi złącznik nr 6 do Umowy Serwisowej (pkt. 7 IDW, część I SIWZ, pkt. 16 Załącznika nr 1 Formularz „Oferta” do IDW, część I SIWZ).

W załączniku nr 6 do Umowy Serwisowej, Wykonawcy byli zobowiązani do podania stawek wynagrodzenia dla poszczególnych kategorii specjalistów, którzy będą zatrudniani przez Wykonawcę w trakcie trwania Serwisu.

Konsorcjum Energoinstal S.A., Mostostal Zabrze-Holding S.A., Elektrobudowa S.A. w Załączniku nr 6 do Umowy Serwisowej (str. 1108 oferty Konsorcjum) podało stawki dla poszczególnych kategorii specjalistów, przy czym pod tabelą nr 1 Załącznika nr 6 do Umowy Serwisowej dodało zastrzeżenie, że *„wysokość może ulec zmianie po publikacji w rozporządzeniu MPiPS uaktualnionej stawki”*.

W ocenie Odwołującego takie zastrzeżenie jest niezgodne z treścią SIWZ. Zamawiający w sposób jednoznaczny zażądał, by Wykonawcy podali stawki wynagrodzenia dla poszczególnych kategorii specjalistów, którzy będą zatrudniani przez Wykonawcę w trakcie trwania Serwisu tj. w okresie 12 lat.

Zamawiający nie przewidział możliwości wzrostu podanej stawki w trakcie trwania Umowy Serwisowej, a takie ryzyko Wykonawcy powinni wziąć pod uwagę przy kalkulacji stawek wynagrodzenia poszczególnych specjalistów.

Dodatkowo wskazuję, że z zastrzeżenia zawartego pod tabelą nr 1 Załącznika nr 6 do Umowy Serwisowej (str. 1108 oferty Konsorcjum) można wywieść, że w trakcie

realizacji Umowy Serwisowej mogą ulec zmianie wartości podane w tabeli nr 2, 3 czy 4 Załącznika nr 6 do Umowy Serwisowej, ponieważ koszt pracy specjalisty danej kategorii niewątpliwie stanowi czynnik cenotwórczy, brany pod uwagę przy szacowaniu stawek za usługi wykonywane w ramach danej Pracy Planowej, objętej zakresem Umowy Serwisowej.

Odwołujący podnosi również, że cena za usługi serwisowe wykonywane w ramach Umowy Serwisowej stanowi jedno z kryteriów oceny ofert w niniejszym Postępowaniu (załącznik nr 2 do IDW, część I SIWZ). Natomiast zastrzeżenie wzrostu wysokości stawek wynagrodzenia specjalistów zatrudnianych w trakcie realizacji serwisu, jako czynnik brany pod uwagę przy kalkulacji usług serwisowych, objętych Umową Serwisową powoduje, że w przyszłości zaproponowana przez Konsorcjum Energoinstal S.A., Mostostal Zabrze-Holding S.A., Elektrobudowa S.A. cena Umowy Serwisowej może ulec zmianie, może wzrosnąć. To z kolei w ocenie Odwołującego powoduje, że oferty Wykonawców złożone w niniejszym Postępowaniu stają się nieporównywalne.

Z powyższych względów Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Konsorcjum Energoinstal S.A., Mostostal Zabrze-Holding S.A., Elektrobudowa S.A. Poprzez zaniechanie odrzucenia przedmiotowej oferty, Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP.

Z uwagi na brak przesłanek do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, Zamawiający powinien był dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, zgodnie z art. 91 ust. 1 PZP. Zamawiający nie dokonał przedmiotowej czynności i tym samym naruszył art. 91 ust. 1 PZP.”

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Zgodnie z pkt. 16 Załącznika nr 1 Formularz „Oferta” do części I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców), zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą wypełnionego Załącznika nr 19 do Kontraktu – Istotne postanowienia wieloletniej umowy serwisowej dla turbozespołu gazowego (projekt).

W załączniku nr 6 do Umowy Serwisowej – Wynagrodzenie za serwis (stanowiącym część SIWZ), należało wypełnić i podać:

- Tabela 6-1 Stawki wynagrodzenia dla poszczególnych kategorii specjalistów Wykonawcy;
- Tabela 6-2 Jednostkowa stawka za wszystkie usługi wykonane w ramach danej Pracy Planowej.

Na stronie 1108 oferty Konsorcjum Energoinstal, w tabeli w pkt 1 podano stawki godzinowe netto dla poszczególnych specjalistów wykonawcy.

Pod ww. tabelą zamieszczono następujący dopisek „\*wysokość może ulec zmianie po publikacji w rozporządzeniu MPiPS uaktualnionej stawki”.

Pod zestawieniem stawek jednostkowych za wszystkie usługi wykonywane w ramach danej Pracy Planowej (podanym dalej na str. 1108 ww. oferty), żadnych dodatkowych zastrzeżeń ani dopisków nie poczyniono.

Według definicji zawartej w pkt 1 Załącznika nr 19 do Kontraktu – Istotne postanowienia wieloletniej umowy serwisowej dla turbozespołu gazowego (projekt), pojęcie „Prace dodatkowe” – „oznacza prace związane z wprowadzeniem ulepszeń oraz usuwaniem Awarii i Dalszych Szkód, nie objętych zakresem obowiązków Wykonawcy przewidzianych Umową Serwisową, których wykonanie Zamawiający może powierzyć Wykonawcy na podstawie odrębnej/ych umów.”

W pkt 9.1.3 ww. umowy serwisowej zamawiający przewidział zasady indeksowania (rewaloryzowania) stawek wynagrodzeń specjalistów.

W pkt 9.3 ww. umowy zamawiający określił zasady rozliczania Prac dodatkowych – m.in. w odniesieniu do stawek wynagrodzeń specjalistów podanych w załączniku nr 6.

Przedmiotem ww. umowy był „Serwis” określony przez zamawiającego w pkt. 1 jako „łącznie wszystkie świadczenia, które Wykonawca realizuje na podstawie Umowy Serwisowej.

**Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego

zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożności wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Żadna tego typu niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie miała w rozpatrywanym przypadku miejsca.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć i zauważyć, że nie sposób kwestionowanemu zastrzeżeniu zawartemu w ofercie Konsorcjum Energoinstal nadać jakiegokolwiek sensowne znaczenie i możliwość zastosowania – w szczególności znaczenie postulowane przez odwołującego. Nie jest dla Izby jasne w jakim rozporządzeniu Minister Pracy i Polityki Socjalnej (do którego prawdopodobnie odnosi się zastosowany tam skrót) mogą zostać określone stawki wynagrodzeń specjalistów wykorzystywanych do wykonania zamówienia przez Konsorcjum Energoinstal (*nomen omen* pracowników Siemens). W związku z ogólnym brakiem sensu tego typu dopisku i niejasnością do czego w ogóle zastrzeżenie takie się odnosi, należałoby najwyżej potraktować je jako zwykłą, pozbawioną doniosłości omyłkę w treści oferty, podlegającą sanacji w oparciu o przepisy art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy. Przy czym ze względów opisanych poniżej, Izba uznała ww. zastrzeżenie jako pozbawione znaczenia dla ustalenia treści oferty i oceny jej zgodności z treścią SIWZ i nie nakazywała dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty.

Wbrew sugestiom odwołującego kwestionowane zastrzeżenie nie dotyczyło żadnej części oferty odnoszącej się do zamawianego przedmiotu zamówienia, a także nie wpływało na kształt i ważność zobowiązań w ofercie zaciąganych, które były związane z przedmiotem zamówienia i warunkami jego wykonania (np. z ceną wykonywania usług serwisowych). Innymi słowy, zastrzeżenie tego typu, nawet jeżeli rzeczywiście odnosiło się do stawek wynagrodzenia specjalistów, nie miało żadnego znaczenia zobowiązaniowego w odniesieniu do zamawianego i ofertowanego do wykonania przedmiotu zamówienia.

Tego typu stanowisko związane jest z faktem, iż dane podawane w tabeli, do której zastrzeżenie takie miałoby się ewentualnie odnosić (stawki specjalistów

wykonujących serwis), w świetle postanowień umowy serwisowej, mają znacznie jedynie informacyjne. Nie są elementem zobowiązania określającym i determinującym jakiekolwiek zobowiązania stron (sposób ich wykonania czy rozliczenia) składające się na dany przedmiot zamówienia. Świadczenie wzajemne zamawiającego za wykonanie objętych zakresem niniejszego zamówienia usług serwisowych nie jest wyliczane oraz rozliczane względem stawek wynagrodzenia specjalistów podawanych w ofercie. Ujmując powyższe prościej: zapłata za wykonanie zamówienia w zakresie serwisu nie ma związku ze stawkami wynagrodzenia specjalistów, które przyjmowali i podawali wykonawcy. Stawka opłaty serwisowej obowiązująca strony (jako ryczałt) i służąca do rozliczenia wykonania zamówienia podawana była w ofertach odrębnie i na jej podstawie zapłata za wykonanie serwisu jest wyliczana.

Stawki wynagrodzenia specjalistów-serwisantów mogą natomiast posłużyć do rozliczenia robót dodatkowych, czyli prac nie wchodzących w zakres przedmiotowego zamówienia. Równie na wyrost zamawiający w niniejszej umowie projektował rewaloryzację stawek wynagrodzeń w umowach, których zakres przedmiotowym postępowaniem nie mógł być objęty, a które ewentualnie w przyszłości będzie zawierał.

Natomiast odwołujący zdaje się mieszać prawne znaczenie i powiązanie podanej stawki wynagrodzeń specjalistów z obowiązującymi stawkami opłat serwisowych za prace objęte przedmiotem zamówienia, z ekonomicznym powiązaniem ww. zmiennych, jak też nie rozróżnia kwestii ekonomicznego obliczenia ceny ofertowej od umownego wyliczenia i rozliczeniem wynagrodzenia za wykonanie zamówienia.

Niewątpliwie wartość wszystkich czynników czy elementów cenotwórczych (a za taki należy uznać wynagrodzenie personelu) oraz zakładana zmienność tych wartości w czasie, przyjęte do kalkulacji ceny ofertowej, determinują ekonomiczną wycenę zamówienia i wartość oferty. Jednakże przyjęcie odmiennych wartości ekonomicznych przez wykonawców nie wpływa na porównywalność ofert, czy raczej nie przesądza o jej braku. Wszelkie oferty, które nie podlegają odrzuceniu i dotyczą tego samego przedmiotu zamówienia są porównywalne. Inaczej, w przypadku gdyby wszystkie oferty uwzględniały i wyceniały poszczególne czynniki cenotwórcze na takim samym poziomie, ceny ofertowe byłyby takie same. Natomiast jakiekolwiek kalkulacje ekonomiczne wykonawcy co do wzrostu stawek wynagrodzeń jego



personelu czy jego braku nie mają żadnego znaczenia dla mechanizmów umownych wyliczania i rozliczania wynagrodzenia za wykonanie danego zamówienia. Umowa Serwisowa przewiduje w tym zakresie wynagrodzenie ryczałtowe, które zostało ustalone i podane przez wykonawcę w jego ofercie (z dowolnym uwzględnieniem czynników ekonomicznych wpływających na jego wysokość). Wynagrodzenie umowne płacone za zrealizowane prace w żadnym razie nie jest obliczane w odniesieniu do stawek wynagrodzeń personelu i nie jest warunkowane przez ich fluktuację. Faktyczne zmiany stawek wynagrodzeń w stosunku do podanych w ofercie mogą więc skutkować jedynie ekonomiczną stratą czy zyskiem wykonawcy, a nie zmianami w określeniu zobowiązań umownych stron (tu: wysokości wynagrodzenia wykonawcy).

Koszt pracy specjalisty danej kategorii niewątpliwie stanowił czynnik cenotwórczy, który winien być brany pod uwagę przez wykonawcę przy szacowaniu ceny ofertowej za usługi wykonywane w ramach danej Pracy Planowej, objętej zakresem Umowy Serwisowej, ale nie stanowi żadnego czynnika prawnego, który mógłby wpłynąć na raz określoną i zaoferowaną cenę za ww. usługi i skutkować jej zmianą w trakcie realizacji zamówienia. Tym samym, wbrew stanowisku odwołującego, w trakcie realizacji Umowy Serwisowej nie mogą ulec zmianie żadne wartości podane w tabeli nr 2, 3 czy 4 Załącznika nr 6 do Umowy Serwisowej, a cena Umowy Serwisowej nie może ulec zmianie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....