

**WYROK**  
**z dnia 12 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Daniel Konicz</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Marek Szafraniec</b> <b>Klaudia Szczytowska-Maziarz</b>
<b>Protokolant:</b>	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2016 r. przez Odwołującego – Shanghai Electric Power Construction Co. Ltd. z siedzibą w Szanghaju, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - 1.2. unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego,
  - 1.3. dokonanie ponownej oceny ofert.
2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### Uzasadnienie

Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn.: „Rozbudowa i modernizacja stacji 750/400/110kV Rzeszów wraz z instalacją urządzeń do kompensacji mocy biernej” (znak sprawy: BP/83/2015/AHK), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 sierpnia 2015 r. pod numerem 2015/S 164-300805.

W dniu 18 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – PBE ELBUD Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum PBE”), a także o odrzuceniu, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oferty złożonej przez wykonawcę Shanghai Electric Power Construction Co. Ltd. z siedzibą w Szanghaju.

Wskazane czynności zostały zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 27 kwietnia 2016 r. przez ww. wykonawcę, zwanego dalej „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. pkt X części I SIWZ oraz art. 66 K.c. przez błędne uznanie, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ (osobiste wykonanie części kluczowej zamówienia), a Odwołujący nie wyjaśnił należycie wszystkich okoliczności związanych z jej złożeniem w sytuacji, gdy skutecznie skorzystał on z zasobów innych podmiotów, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp i nie modyfikował oferty,
2. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów w celu wyjaśnienia treści oferty rzekomo nie spełniającej wymogów SIWZ,

3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez ich niezastosowanie i naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców powodujące niesłuszne odrzucenie oferty Odwołującego,
4. art. 92 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 5 Pzp przez przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
3. ponownej oceny ofert,

a nadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych i o zasądzenie ich w całości na rzecz Odwołującego.

Ponadto, z ostrożności, w przypadku złożenia przez Zamawiającego wniosku, o którym mowa w art. 183 ust. 2 Pzp, Odwołujący wniósł o utrzymanie w mocy zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadniając przedstawione zarzuty Odwołujący podał, że złożona przez niego oferta została odrzucona z powodu rzekomej niezgodności jej treści z SIWZ w zakresie obowiązku osobistego wykonania części kluczowej zamówienia. Podkreślił przy tym, że SIWZ definiował „część kluczową zamówienia”, jako prace montażowe obwodów pierwotnych i wtórnych rozdzielni o napięciu 400 i 110 kV oraz że Zamawiający nie kwestionował posłużenia się przez Odwołującego zasobami wskazanych podmiotów trzecich.

Odwołujący podkreślił, że z uzasadnienia odrzucenia jego oferty wynika, jakoby Zamawiający stwierdził, że Odwołujący, wskazując lokalnych podwykonawców przy nieznaczej części zamówienia, dokonał istotnej zmiany oferty, a lokalni podwykonawcy zostali uznani jako niezweryfikowani oraz jako ci, którzy nie udostępnili Odwołującemu zasobów w trybie art. 26 ust. 2b Pzp.

Odwołujący podał, że w toku Postępowania Zamawiający trzykrotnie – pismami z dnia 11 grudnia 2015 r., 28 stycznia i 1 lutego 2016 r. – zwracał się do niego o wyjaśnienie szeregu kwestii związanych ze złożoną ofertą, w tym m.in. wyjaśnienia czy część kluczową zamówienia będzie wykonywał wykonawca Budownictwo Elektroenergetyczne „SELPOL” S.A. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Selpol”) samodzielnie, czy we współpracy z SAO „Elektrocentmontaż” z siedzibą w Mińsku

(dalej: „Elektrocentrmontaż”) oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość zaofiarowanych cen. Stwierdził ponadto, że w ramach pytania z 1 lutego 2016 r. Zamawiający nie zwrócił się o wyjaśnienie kwestii „lokalnych podwykonawców”.

Odwołujący stwierdził następnie, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28 stycznia 2016 r., w zakresie sposobu kalkulacji ceny, przedstawił tabelę, w której, w rubrykach 2.1.1.2, 2.1.2.3, 2.1.5 i 2.1.6, w kolumnie „Podwykonawca – Opis” wpisał „prace lokalnych podwykonawców”. Nawiązał w ten sposób do str. 44 oferty, gdzie jako lokalnych podwykonawców przedstawił (wraz z ich referencjami) 2 firmy – Selpol i Elektrocentrmontaż.

Podkreślił, że w odpowiedzi na pytanie nr 4 z wezwania z dnia 11 grudnia 2015 r. o wskazanie któremu/ym podmiotowi/m będzie powierzona realizacja części kluczowej zamówienia poinformował, że pod wykazem wykonanych robót budowlanych celowo zamieścił dwóch podwykonawców którzy kandydują do wykonania części kluczowej zamówienia (Selpol i Elektrocentrmontaż). Podkreślił, że obaj spełniają wymogi w zakresie doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych opisanych w pkt VI.2) lit. a) Części I SIWZ. Zaznaczył również, że zamierza, w przypadku wyboru jego oferty, przeprowadzić ostateczne negocjacje warunków ekonomicznych współpracy i dokonać finalnego wyboru podwykonawcy.

Z uwagi na powyższe, w odpowiedzi na drugie z wezwań poruszające m.in. kwestię ceny oferty, w niektórych rubrykach zawartej w wyjaśnieniach Odwołujący wskazał na Selpol, a w innych, w tym również w tych kwestionowanych przez Zamawiającego, celowo zamieścił sformułowanie „prace wykonywane przez lokalnych podwykonawców”, aby zgodnie z uprzednio udzieloną Zamawiającemu odpowiedzią, nie rozstrzygać jednoznacznie, czy tym podwykonawcą będzie Selpol, czy też Elektrocentrmontaż.

Odwołujący podkreślił, że w tabeli wskazał jedynie na rynkowe ceny tych usług, które założono wynegocjować z Selpol lub z Elektrocentrmontaż, jako jego „lokalnymi podwykonawcami kluczowej części zamówienia”. Na marginesie dodał, że łączna wartość tych cen stanowi kwotę 1,5839 mln zł, co nie ma zasadniczego znaczenia dla wyceny jego oferty (78,4 mln zł), albowiem stanowi to zaledwie 2% jej ceny.

Odwołujący stwierdził w konsekwencji, że jedynym powodem odrzucenia jego oferty była treść udzielonych wyjaśnień, a nie treść samej oferty, podczas, gdy to treść oferty, nie zaś wyjaśnień, musi być sprzeczna z SIWZ. Podkreślił, że brak nazwy podwykonawcy Elektrocentrmontaż w formularzu oferty był wynikiem oczywistej omyłki pisarskiej, a Zamawiający w tym zakresie nie wymagał korekty.

Odwołujący wskazał, że niejednokrotnie w orzecznictwie Izby podkreślano, że to zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane i parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania, podejmują decyzję, o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez przyzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert. Niedopuszczalnym jest interpretowanie przez zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie. Ponadto, co również potwierdza orzecznictwo Izby, jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Żadna z odpowiedzi udzielonych przez Odwołującego nie zmieniła złożonej oferty, a jedynie była jej sprecyzowaniem w ramach wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp pozwala zamawiającemu żądać, po pierwsze, dokumentów i oświadczeń dotyczących warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumenty i oświadczenia „podmiotowe”), po drugie – oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego (tzw. dokumenty i oświadczenia „przedmiotowe”, odnoszące się do przedmiotu zamówienia – *ad casum* jest to deklaracja zgodności). Odwołujący przypomniał o obowiązkach zamawiającego wynikających z przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp i stwierdził, że ma on obowiązek precyzyjnego wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów. Podkreślił, że na każde z pytań odpowiadał wyczerpująco, a kwestia „lokalnych podwykonawców” nie była przedmiotem żadnego pytania ze strony Zamawiającego. Wskazani podwykonawcy są w stanie wspólnie z nim zrealizować zamówienie i nic w tym względzie nie zmieniło się w ofercie.

Przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładają na zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. Zamawiający nie może bowiem podjąć decyzji

o wykluczeniu wykonawcy, czy o odrzuceniu jego oferty nie mając absolutnej pewności co do spełnienia/niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, przepis art. 26 ust. 3 Pzp, zarówno doktryna, jak i orzecznictwo interpretują jednoznacznie: jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, Zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp wskazujący na obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń lub dokumentów eliminuje uznaniowość i dowolność, co zapobiega naruszaniu zasady równego traktowania. Takie postępowanie narusza ogólne zasady postępowania określone w art. 7 Pzp, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ich realizacja spoczywa na zamawiającym i dotyczy to wszystkich etapów postępowania.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o ile miał wątpliwości co do przedstawionej oferty, tym bardziej że wyniknęły one w ramach odpowiedzi udzielonej przez oferenta, a nie wynikały z treści oferty.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający błędnie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Żadna z trzech odpowiedzi Odwołującego na pytania Zamawiającego nie zmieniała złożonej oferty, w tym w zakresie podwykonawców. W tym zakresie Zamawiający dopuścił się nadinterpretacji pojęcia użytego w odpowiedzi Odwołującego i nie wykazał, że nastąpiła zmiana oferty, która skutkowałaby jej odrzuceniem. Odwołujący nie miał zresztą możliwości zmiany treści oferty z uwagi na niedopuszczalność takiej czynności po terminie jej złożenia.

W ocenie Odwołującego nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest okoliczność, że Zamawiający nie żądał wyjaśnień od Odwołującego w zakresie „lokalnych podwykonawców”, tak co do definicji, jak i konkretyzacji tych podmiotów. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się wyłącznie do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z poniższych przyczyn.

Zamawiający podał, że zgodnie z pkt X cz. I SIWZ zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowej części zamówienia polegającej na wykonaniu prac

montażowych obwodów pierwotnych i wtórnych rozdzielni o napięciu 400 i 110 kV. W przypadku wykonywania części kluczowej zamówienia za pomocą podmiotów udostępniających potencjał (podwykonawców). Wymagał podania nazwy takich podmiotów w załączniku nr 1 do SIWZ, tj. w wykazie wykonanych robót budowlanych. Odwołujący w wykazie podał nazwy dwóch podmiotów: Selpol i Elektrocentrmonтаж.

Zamawiający podał, że w wyjaśnieniach złożonych w odniesieniu do ceny oferty Odwołujący załączył kalkulację ceny ujętą w zestawieniu. Z kalkulacji tej oprócz wartości prac wynika również krąg podmiotów jakie Odwołujący zamierza wykorzystać przy realizacji zamówienia. W pkt 2.1.1.1.2, 2.1.1.2, 2.1.2.2, 2.1.2.3, 2.1.2.6, 2.1.3, 2.1.5 i 2.1.6 Odwołujący wskazał, że prace w nich ujęte będą wykonywane m.in. przez lokalnych podwykonawców.

Zamawiający stwierdził, że w tak opisanym stanie faktycznym podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego było złożenie w treści wyjaśnień oświadczenia, z którego wynika, że prace zastrzeżone do osobistego wykonania (jako kluczowe) zamierza on powierzyć podwykonawcom lokalnym – innym niż Selpol, którzy nie spełniają warunków udziału w Postępowaniu. Powyższe sprzeczne jest z treścią SIWZ, w której jednoznacznie zastrzeżono część kluczową do wykonania osobistego.

W ocenie Zamawiającego spór sprowadza się w istocie do interpretacji treści oświadczenia, tj. czy można zinterpretować je w ten sposób, że Odwołujący nie zamierza powierzyć prac innym podwykonawcom niż podmioty udostępniające potencjał w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu. W tym celu należy poddać analizie treść tabeli z pisma z dnia 3 lutego 2016 r.

Na potrzeby tych wyjaśnień Odwołujący stworzył zestawienie zawierające oznaczenie podwykonawcy, który prace wykona (rubryka nr 3). W sposób niebudzący żadnych wątpliwości Odwołujący podał w niej, że powyższe prace wykonają samodzielnie lub wspólnie z Selpol „lokalni podwykonawcy”. Co ważne, Odwołujący w zakresie niektórych prac rubrykę przeznaczoną do wpisania podwykonawcy podzielił na dwie części w celu wydzielenia prac powierzonych Selpol oraz lokalnym podwykonawcom, np. w pkt 2.1.1.1.2.2 („Gałąź 2”) w ramach „Rozbudowy i modernizacji rozdzielni 400 KV” prace o wartości 338,9 tys. zł wykona Selpol, a prace o wartości 65,17 tys. wykonają lokalni podwykonawcy. Powyższe świadczy o tym, że Odwołujący w sposób rozmyślny rozdzielił prace między te podmioty.

Zdaniem Zamawiającego z omawianej tabeli nie wynika, jakoby wskazanie na lokalnych podwykonawców oznaczało Selpol lub Elektrocentrmonтаж. Selpol został wydzielony jako nazwany i osobny podmiot, co nie daje podstaw do uznania że rozdzielenie



takie oznacza, jakoby w pojęciu lokalnych podwykonawców mieścić miał się również wskazany osobno jako wyraźnie odrębny Selpol. Podobnie w przypadku Elektrocentrmontaż – z wyjaśnień nadesłanych w dniu 21 grudnia 2015 r. wynika, że zamiarem wykonawcy było wynajęcie Selpol albo Elektrocentrmontaż po przeprowadzeniu dodatkowych negocjacji z obydwojema podmiotami. Wyjaśnienia późniejsze wskazują na to, że wybór został dokonany ze wskazaniem na Selpol. Zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego oraz treścią odwołania wybór miał zostać dokonany spośród ww. dwóch podmiotów, natomiast z zestawienia wynika, że wskazane powyżej prace będą wykonane przez Selpol oraz lokalnych podwykonawców. Z zestawienia wynika, że część prac kluczowych miała być realizowane nie przez jednego podwykonawcę, a przez Selpol oraz nieokreślonych z nazwy lokalnych podwykonawców.

Zamawiający zauważył, że w wyjaśnieniach z dnia 21 grudnia 2015 r. Odwołujący podał, że podwykonawcą będzie Selpol albo Elektrocentrmontaż. W rezultacie gdyby rzeczywiście informacja o lokalnych podwykonawcach miała służyć temu który z podmiotów będzie podwykonawcą, to w zestawieniu nie zostaliby wpisani lokalni podwykonawcy, a Elektrocentrmontaż oraz Selpol. Podkreślił, że Elektrocentrmontaż nie pasuje również do określenia „lokalny podwykonawca”, ponieważ zgodnie ze słownikiem języka polskiego słowo „lokalny” znaczy występujący w danym miejscu. Elektrocentrmontaż jest spółką białoruską, a więc zarejestrowaną i prowadzącą działalność na terenie innego kraju.

Zamawiający wskazał ponadto, że wyjaśnienia z dnia 3 lutego 2016 r. składane były jako wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący wykazując, że cena wystarcza na pokrycie kosztów realizacji zamówienia przedstawił zestawienie cen za poszczególne prace, wskazał przy tym podwykonawcę dla każdego zakresu oraz stwierdził, że opiera się na konkretnych ofertach. Należy więc zakładać, że gdyby drugi podmiot obok Selpol zdolny do realizacji zamówienia miał być zaangażowany w realizację prac, to jego oferta byłaby znana wykonawcy i umieściłby on informację o tym w zestawieniu. Odwołujący wiedział, że wyjaśnienia te nie mogą pozostawiać żadnych wątpliwości co do wyceny określonych usług. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp. obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Przepis art. 90 ust. 3 Pzp. stanowi z kolei, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W rezultacie Odwołujący musiał mieć na względzie fakt, że niejednoznaczne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny mogą prowadzić do odrzucenia jego oferty. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień wskazał, że „[...]przedstawione informacje powinny w sposób jednoznaczny odnosić się do ceny

Państwa oferty, umożliwiając tym samym Zamawiającemu wyciągnięcie wniosków czy Państwa oferta została skalkulowana prawidłowo i uwzględnia faktyczne koszty realizacji całego zakresu przedmiotowego zamówienia.[...]”.

W ocenie Zamawiającego sprzeczne z zasadami logicznego rozumowania byłoby uznanie, że Odwołujący, na którym ciążył obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, ryzykując odrzucenie oferty, celowo do wykazu wpisał „lokalnych podwykonawców”. Takie założenie byłoby niezgodne z interesem Odwołującego w złożeniu wyjaśnień o takiej treści, że Zamawiający nie będzie miał obiekcji co do ich prawdziwości. Dlatego Odwołujący wprowadził do oferty zmiany na tyle daleko idące, że brak możliwości zweryfikowania ich treści doprowadził do niezgodności z SIWZ.

Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący jest profesjonalistą. W związku z tym, w myśl art. 355 § 2 K.c., zobowiązany jest do szczególnej staranności. Złożenie w zestawieniu oświadczenia, że niektóre prace kluczowe będą realizować „lokalni podwykonawcy”, a nie wymienieni w ofercie podwykonawcy jest sprzeczne z obiektywnym wzorcem należytej staranności.

Zamawiający stwierdził również, że nie sposób zgodzić się z zarzucanym mu naruszeniem przepisów art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, ponieważ żadną miarą nie przystają one do analizowanego stanu faktycznego. Oferta Odwołującego została odrzucona, jako że jej treść była niezgodna z treścią SIWZ. W zakresie zaś treści oferty art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie mają zastosowania. Przepisy te stosuje się, jeśli nie złożono wymaganych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lub też są wątpliwości co do treści tych dokumentów. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w Postępowaniu, gdyż Odwołujący nie został z niego wykluczony z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału, tylko jego oferta została odrzucona bowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Na zakończenie Zamawiający nadmienił, że Odwołujący nie wykazał w jaki sposób działania Zamawiającego naruszyły równe traktowanie wykonawców oraz uczciwą konkurencję.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum PBE wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony podtrzymały streszczoną powyżej argumentację.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba odmówiła Konsorcjum PBE statusu przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z następujących przyczyn.

Pismo Konsorcjum PBE zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego podpisane zostało przez prezesa zarządu PBE ELBUD Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, uprawnionego, zgodnie z załączonym do pisma odpisem z KRS do samodzielnej reprezentacji spółki.

W świetle powyższego skład orzekający uznał, że osoba, która podpisała pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie wykazała umocowania do działania w imieniu podmiotu aspirującego do miana uczestnika tego postępowania. Zgłaszający przystąpienie nie załączył bowiem pełnomocnictwa, ani dokumentu rejestrowego drugiego z członków konsorcjum – wykonawcy PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie, z którego wynikałoby uprawnienie do reprezentowania Konsorcjum PBE i sposób reprezentacji PKP Energetyka S.A. Podkreślenia wymaga, że przepisy Pzp nie znają instytucji uzupełniania braków formalnych zgłoszenia przystąpienia, ta bowiem znajduje zastosowanie, w ściśle określonych sytuacjach, jedynie w odniesieniu do odwołania (argument z przepisu art. 187 ust. 3 i 7 Pzp).

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący był legitymowany do skorzystania ze środka ochrony prawnej, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego, wezwań Odwołującego do złożenia wyjaśnień z dnia 11 grudnia 2015 r., 28 stycznia 2016 r. i 1 lutego 2016 r. wraz z odpowiedziami Odwołującego z dnia 21 grudnia 2015 r., 3 i 4 lutego 2016 r., uznając na ich podstawie, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu nie jest sporny.

W świetle wskazanych dowodów uznano, że niektóre z zarzutów odwołania potwierdziły się, co skutkować musiało jego uwzględnieniem.

Skład orzekający stwierdził, że Zamawiający błędnie zinterpretował informacje zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego z pisma z dnia 3 lutego 2016 r., zaś kwalifikując na ich podstawie jego ofertę jako niezgodną z postanowieniami SIWZ pominął zarówno istotny

element treści oferty, jak i wcześniejszych wyjaśnień Odwołującego, odnoszące się do podwykonawstwa w ramach kluczowej części zamówienia.

Zdaniem Izby oświadczenia składane zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego muszą być interpretowane przede wszystkim w kontekście okoliczności towarzyszących ich złożeniu. Jeżeli zatem zamawiający zwraca się do wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, to informacje zawarte w wyjaśnieniach powinny być oceniane przez pryzmat celu, jakiemu mają one służyć, tj. rozwianiu wątpliwości zamawiającego dotyczących rzetelności kalkulacji ceny oferty, nie zaś innych kwestii, jak chociażby zakresu podwykonawstwa.

Przenosząc powyższe rozważania na przedmiotową sprawę zauważyć należy, że w wyjaśnieniach z dnia 3 lutego 2016 r. Odwołujący odniósł się – zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego – m.in. do warunków współpracy z podwykonawcami i dostawcami (*vide* pkt I.1) wezwania z dnia 28 stycznia 2016 r.), prezentując w ujęciu tabelarycznym wysokość cen związanych z wykonaniem wyszczególnionych w tabeli robót, nie zaś do sposobu realizacji zamówienia, w tym jego kluczowej części, które to kwestie nie były przedmiotem zainteresowania Zamawiającego. Okoliczność, że Odwołujący *de facto* poszerzył wspomniane zestawienie (przygotowane uprzednio przez Zamawiającego i przesłane wraz z pierwszym wezwaniem w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, za pismem z dnia 11 grudnia 2015 r.) o dodatkowe informacje miała – zdaniem Izby – na celu uwiarygodnienie ujętych w nich kwot (wyjaśnienie na jakiej podstawie zostały one przyjęte w określonej wysokości), tym bardziej że został on – jak wspomniano – powtórnie wezwany w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. W takim właśnie kontekście (wyjaśnienia, uwiarygodnienia prezentowanych wyliczeń) należy, w ocenie składu orzekającego, interpretować zawarte w tabeli stwierdzenia o lokalnych podwykonawcach. Świadczy o tym nie tylko tryb, w jakim wyjaśnienia zostały złożone (odpowiedź na wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp), ale również informacja o tym, co w tabeli się znajduje (sposób kalkulacji ceny oferty – Ad I.1 wyjaśnień Odwołującego z dnia 3 lutego 2016 r.) i w oparciu o jakie dane została sporządzona (posiadane przez Odwołującego ceny wynikające z ofert podwykonawców oraz dostawców – tamże). Można mieć wprawdzie wątpliwości, czy Odwołujący opisując poszczególne pozycje zestawienia nie powinien był użyć innych sformułowań, czy nazewnictwa, nieodnoszących się do kwestii związanej z podwykonawstwem, tym niemniej, biorąc pod uwagę przedstawione powyżej okoliczności, nie było uprawnione wywodzenie z tego, że Odwołujący dokonał niedozwolonej zmiany treści oferty.

Izba wskazuje, że uwzględnienie przedstawionego przez Zamawiającego sposobu interpretacji informacji z tabeli zawartej w treści wyjaśnień z dnia 3 lutego 2016 r. dyskredytowałoby nie tylko treść oferty Odwołującego, w zakresie odnoszącym się do podwykonawstwa części kluczowej zamówienia (pkt II.6.f, str. 2 oferty Odwołującego), ale również oświadczenia wynikające z załącznika nr 1 do oferty – wykazu wykonanych robót budowlanych, a nadto wyjaśnień z dnia 21 grudnia 2015 r. wskazujących na przyczynę ujęcia w wykazie dwóch podmiotów w charakterze podwykonawców kluczowej części zamówienia. Nie sposób racjonalnie zakładać, że Odwołujący – mając świadomość postanowień SIWZ dotyczących podwykonawstwa kluczowej części zamówienia, znając przepisy Pzp i wynikającą z nich sankcję za złożenie oferty o treści nieodpowiadającej SIWZ i wreszcie składając wyjaśnienia potwierdzające zakres podmiotowy podwykonawstwa kluczowej części zamówienia – dokonaliby, wyjaśniając zupełnie inną kwestię, modyfikacji treści oferty w sposób powodujący konieczność jej eliminacji.

Jedynie na marginesie, odnosząc się do przedstawionej na rozprawie argumentacji Zamawiającego podważającej rzetelność złożonych przez Odwołującego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, skład orzekający wskazuje, że nie była ona relewantna dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania. Zaskarżone czynności nie dotyczyły bowiem oceny tych wyjaśnień pod kątem prawidłowego skalkulowania ceny oferty.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła odwołanie stwierdzając, że odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z postanowieniami SIWZ i wybór oferty Konsorcjum PBE, uznanej za ofertę najkorzystniejszą, nastąpiło z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji wyroku.

Pozostałe zarzuty odwołania (naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp) zostały uznane za nieuzasadnione, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji wyroku.

Z obszernych wywodów Odwołującego dotyczących interpretacji ww. regulacji nie wynika jakie dokumenty podmiotowe lub przedmiotowe oraz w jakim zakresie powinny zostać przez niego uzupełnione lub wyjaśnione. Z okoliczności sprawy wynika, że Odwołujący załączył wymagane dokumenty podmiotowe dotyczące zarówno siebie, jak i podwykonawców kluczowej części zamówienia – Selpol i Elektrocentrmontaż, co *nota bene* nie było przedmiotem sporu. Co więcej, Odwołujący nie podał w treści odwołania czego w związku z upatrywanym naruszeniem ww. przepisów Pzp się domaga.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....