

**WYROK**

**z dnia 29 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Daniel Konicz  
**Członkowie:** Andrzej Niwicki  
Marzena Ordysińska  
**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2015 r. przez Odwoływających:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Zabrze S.A. z siedzibą w Zabrzu, STX Heavy Industries Co. Ltd. z siedzibą w Changwon City, Daewoo International Corporation z siedzibą w Seulu (sygn. akt: KIO 2013/15),
  2. wykonawcę ALSTOM Power sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2018/15),
- w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. z siedzibą w Kozienicach, przy udziale wykonawcy Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2013/15 i 2018/15 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołania,
2. kosztami postępowania obciąża Odwoływających – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Zabrze S.A. z siedzibą w Zabrzu, STX Heavy Industries Co. Ltd. z siedzibą w Changwon City, Daewoo International Corporation z siedzibą w Seulu oraz wykonawcę ALSTOM Power sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 40.000,00 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwoływających tytułem wpisów od odwołań,
  - 2.2. zasądza od Odwoływających – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Zabrze S.A. z siedzibą w Zabrzu, STX Heavy Industries Co. Ltd. z siedzibą w Changwon City, Daewoo International Corporation z siedzibą w Seulu oraz wykonawcy ALSTOM Power sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego – ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. z siedzibą w Kozienicach kwoty po 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Radomiu.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 2013/15**

**KIO 2018/15**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. z siedzibą w Koziencicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa instalacji odsiarczania spalin dla kotłów K7 i K8 w elektrociepłowni Białystok” (znak sprawy: RZB – TC.2103.1.2015), 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 20 marca 2015 r. pod numerem 2015/S 056-098073.

W dniu 4 września 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę RAFAKO z siedzibą w Raciborzu (47-400), przy ul. Łąkowej 33, zwanego dalej „Wykonawcą R”, oraz o odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Zabrze S.A., STX Heavy Industries Co. Ltd., Daewoo International Corporation oraz wykonawcy ALSTOM Power sp. z o.o.

W dniu 14 września 2015 r. ww. wnieśli do Prezesa Izby odwołania.

**Sygn. akt: KIO 2013/15**

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mostostal Zabrze S.A., STX Heavy Industries Co. Ltd., Daewoo International Corporation (dalej również: „Konsorcjum MZ”) zaskarżył:

1. zaniechanie wezwania go do złożenia wyjaśnień treści oferty złożonej w Postępowaniu w zakresie wymogów dotyczących przeciążenia trwałego instalacji (IOS), prac zabezpieczających antykorozyjnie komin E2, stopnia ochrony rozdzielni i podrozdzielni 0,4 kV oraz mocy silnika kompresora powietrza,
2. zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego dotyczących stopnia ochrony rozdzielni i podrozdzielni 0,4kV oraz mocy silnika kompresora powietrza,
3. odrzucenie oferty Odwołującego z powodu błędnego przyjęcia, że nie odpowiada ona warunkom określonym w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), tj. w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: „PFU”), stanowiącym Część III SIWZ,

4. wybór oferty złożonej przez Wykonawcę R., mimo iż to oferta Odwołującego stanowiła najkorzystniejszą ofertę złożoną w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 14 Pzp i art. 65 K.c. przez błędne przyjęcie, iż oferta Odwołującego w zakresie warunku możliwości pracy instalacji (IOS) z przeciążeniem trwałym jest sprzeczna z wymaganiami PFU,
2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się przed odrzuceniem oferty Odwołującego o jej wyjaśnienie w zakresie wymogu dotyczącego możliwości pracy instalacji IOS z przeciążeniem trwałym,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 14 Pzp i art. 65 K.c. przez błędną wykładnię treści oferty w zakresie zabezpieczenia antykorozyjnego komina E2, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego nie odpowiada w tym zakresie warunkom SIWZ,
4. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się przed odrzuceniem oferty Odwołującego o jej wyjaśnienie w zakresie prac polegających na antykorozyjnym zabezpieczeniu komina E2,
5. art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 14 Pzp i art. 65 K.c. przez zaniechanie poprawienia omyłki w zakresie stopnia ochrony rozdzielni i podrozdzielni 0,4 kV,
6. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się przed odrzuceniem oferty Odwołującego o jej wyjaśnienie w zakresie wymogu stopnia ochrony rozdzielni i podrozdzielni 0,4 kV,0
7. art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp przez zaniechanie poprawienia omyłki w zakresie mocy silnika, kompresora powietrza,
8. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się przed odrzuceniem oferty Odwołującego o jej wyjaśnienie w zakresie wskazanej mocy i zasilania silnika kompresora powietrza,
9. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia omyłki w zakresie mocy silnika kompresora powietrza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty Wykonawcy R,
2. unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórny ocenę złożonych ofert.

Odwołujący podał, że złożył najkorzystniejszą ofertę. W konsekwencji może on ponieść szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, ponieważ gdyby Zamawiający prawidłowo je zastosował, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako oferta

najkorzystniejsza w Postępowaniu, a Odwołujący miałby szanse na osiągnięcie korzyści ekonomicznych z realizacji zamówienia. Tymczasem, wskutek działań i zaniechań Zamawiającego sprzecznych z Pzp, tą szansę utracił, co powoduje, że ma interes w wniesieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że z pisma informującego o rozstrzygnięciu Postępowania wynika, jakoby jego oferta była sprzeczna z PFU w zakresie:

1. wymogu pracy instalacji z przeciążeniem trwałym,
2. wymogu zabezpieczenia antykorozyjnego komina E2,
3. stopnia ochrony rozdzielni i podrozdzielni 0,4kV,
4. mocy silnika kompresora powietrza.

Ad 1

Zamawiający uznał, że instalacja (IOS), zaoferowana przez Odwołującego, nie spełnia wymogu w zakresie przeciążenia trwałego instalacji. Z poglądem tym nie sposób się jednak zgodzić.

Z informacji zawartych w ofercie, w szczególności z tej, na którą powołuje się Zamawiający nie wynika, że instalacja (IOS) Odwołującego nie spełnia powyższego wymogu, przez co Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego. Co więcej, w ofercie zawarto informacje, które potwierdzały zgodność oferty Odwołującego z tym wymogiem, a które zostały przez Zamawiającego pominięte.

Odwołujący podał, że mając na względzie okoliczność, iż Zamawiający odrzucił jego ofertę ze względów technicznych, bazując na informacjach zawartych w części oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, szczegółowe uzasadnienie zarzutu zawarto w załączniku nr 12 do odwołania, który Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Argumentacja Odwołującego opiera się bowiem o zawarte w ofercie dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego (np. dane dotyczące możliwości przeciążania oferowanej instalacji).

Z ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia przez Izbę, że treść oferty mogła w tym zakresie wywoływać wątpliwości Zamawiającego (czemu Odwołujący co do zasady przeczy), Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien wezwać go do udzielenia wyjaśnień treści oferty, a nie odrzucać ofertę bez takiego wezwania.

Ad 2

Zamawiający zarzucił, iż oferta Odwołującego nie spełnia wymagań PFU w zakresie zabezpieczenia antykorozyjnego komina E2.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający błędnie uznał, jakoby z dokumentu, na który się powołuje wynika, że oferta Odwołującego nie odpowiadała warunkom określonym w PFU. Co więcej, z innych informacji znajdujących się w ofercie wprost wynika, że jest ona zgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący ponownie podkreślił, że ze względu na odrzucenie oferty ze względów technicznych, opartych na informacjach zawartych w części oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, szczegółowe uzasadnienie zarzutu przedstawił w załączniku nr 13 do odwołania, którego treść Odwołujący również zastrzegł, jako stanowiącą tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Argumentacja Odwołującego opiera się bowiem o dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego (np. schemat IOS).

Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Izba przyjęła, że treść oferty mogła, w omawianym zakresie, wywoływać wątpliwości Zamawiającego (czemu Odwołujący, co do zasady przeczy), Odwołujący zarzucił, że Zamawiający powinien był wezwać go do udzielenia wyjaśnień oferty.

#### Ad 3

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał poprawienia omyłki Odwołującego w zakresie stopnia ochrony rozdzielni i podrozdzielni 0,4 kV. Zamawiający pominął, iż z oferty Odwołującego oraz z okoliczności towarzyszących złożeniu oferty wynikało, że Odwołujący popełnił omyłkę w zakresie stopnia ochrony rozdzielni i podrozdzielni 0,4 kV, a poprawa tej omyłki nie doprowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty Odwołującego.

Odwołujący zasygnalizował, że z uwagi na odrzucenie oferty w oparciu o informacje zawarte w jej zastrzeżonej części, szczegółowe uzasadnienie zarzutu zawarł w załączniku nr 14 do odwołania, który również zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Argumentacja Odwołującego opiera się bowiem o dane, zawarte w ofercie, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego (np. szczegółowe dane techniczne rozdzielni 0,4 kV).

Odwołujący stwierdził ponadto, że z ostrożności procesowej, zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania go do wyjaśnienia treści oferty.

#### Ad 4

Odwołujący podał, że zarzuca Zamawiającemu bezpodstawne zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki Odwołującego w zakresie wskazanej w ofercie mocy silnika kompresora powietrza.

Odwołujący wskazał, że z dokumentu dołączonego do oferty (karty katalogowej kompresora powietrza) wprost wynikało jaką moc silnika posiada to urządzenie i że jest ona zgodna z wymaganiami Zamawiającego w zakresie mocy zasilania tego urządzenia.

Odwołujący podkreślił, że ze względu na odrzucenie oferty na podstawie informacji zawartych w jej niejawnej części, szczegółowe uzasadnienie zarzutu zawarł w niejawnym załączniku nr 15 do odwołania. Argumentacja Odwołującego opiera się bowiem o dane, zawarte w ofercie, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego (np. dane dotyczące rodzaju i parametrów technicznych kompresora powietrza).

Z ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia przez Izbę, że wpisanie błędnej mocy silnika kompresora powietrza nie stanowiło oczywistej omyłki pisarskiej (czemu Odwołujący, co do zasady przeczy), Odwołujący zarzucił, iż wyżej wskazana sprzeczność winna skłonić Zamawiającego do zażądania wyjaśnień.

Ponadto, również z ostrożności procesowej, na wypadek stwierdzenia, że wpisanie błędnej mocy silnika kompresora powietrza do oferty nie stanowiło oczywistej omyłki pisarskiej (czemu Odwołujący, co do zasady przeczy), Odwołujący podał, że należało ją zakwalifikować jako inną omyłkę polegającą na niezgodności z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Nawet gdyby przyjąć, że zaoferowano urządzenie o nieprawidłowej mocy zasilania silnika, to w skali przedmiotu zamówienia omyłkę należało uznać za na tyle nieistotną, że powinna podlegać poprawieniu.

### **Sygn. akt: KIO 2018/15**

Odwołujący – ALSTOM Power sp. z o.o. (dalej również: „Wykonawca A”) zaskarżył:

1. nieprawidłową ocenę jego oferty, a w konsekwencji niezasadne jej odrzucenie i nieprawidłową ocenę oferty Wykonawcy R,
2. wybór oferty Wykonawcy R,
3. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez ich błędne zastosowanie polegające na bezpodstawnym uznaniu oferty Odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ, a w konsekwencji jej odrzucenie, pomimo że oferta ta jest w pełni zgodna z wymogami Zamawiającego oraz zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy R wobec jej oczywistej niezgodności z SIWZ,
2. art. 87 ust 1 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania wobec powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do zgodności oferty Odwołującego z SIWZ, które mogły zostać wyjaśnione,

3. art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania wobec popełnienia przez Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej w treści oferty, lub ewentualnie art 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, wobec uznania przez Izbę, że omyłka wprawdzie jest oczywistą omyłką która powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego, lecz nie ma charakteru oczywistej omyłki pisarskiej,
4. art 91 ust 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez ich błędne zastosowanie polegające na wyborze oferty Wykonawcy R, choć oferta ta nie jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w Postępowaniu,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie i badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Wykonawcy R,
2. unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym w szczególności odrzucenie oferty Wykonawcy R, uznanie oferty Odwołującego za spełniającą wymagania określone SIWZ lub ewentualnie wezwanie go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Działając na podstawie przepisu art. 189 ust. 6 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp Odwołujący wniósł o wyłączenie jawności rozprawy ze względu na fakt, iż przy ich rozpoznaniu zostaną ujawnione informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

W przypadku uznania przez Izbę, iż nie zaistniały przesłanki do wyłączenia jawności rozprawy Odwołujący, na podstawie § 8 ust. 3 w zw. z § 23 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2014.964 j.t.), wniósł o nieudostępnianie zastrzeżonych informacji, ze względu na fakt, iż w wyniku udostępnienia treści dokumentacji w ww. zakresie mogą zostać ujawnione informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Gdyby Zamawiający dokonał oceny oferty zgodnie z przepisami Pzp lub wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień nie odrzuciłby złożonej przez niego oferty, w konsekwencji czego udzieliłby zamówienia Odwołującemu.

W części odwołania, która zawierać miała informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący przedstawił argumentację mającą potwierdzić zasadność sformułowanych w *petitum* odwołania zarzutów.



W zakresie zarzutu związanego z zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy R Odwołujący podał, że Zamawiający określił jasną kolejność realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazanie bezwzględnych dat w rubryce „Termin realizacji” oznaczało więc nie tylko, że zakaz wprowadzania jakichkolwiek modyfikacji nie dotyczy tylko konkretnych dat, ale również kolejności realizacji wyspecyfikowanych w harmonogramie prac i związanych z nimi płatności. Potwierdza to dodatkowo fakt, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 536 w piśmie z dnia 22 maja 2015 r. kategorycznie wykluczył możliwość wprowadzenia jakiegokolwiek terminu realizacji/płatności, który poprzedzałby termin 28 kwietnia 2016 r.

Wykonawca R dokonał niedopuszczalnej modyfikacji tych bezwzględnych wymagań Zamawiającego przez wskazanie, że termin realizacji zadania pn. „Przekazanie projektu podstawowego” nastąpi przed datą przewidzianą dla pierwszego zadania. Wykonawca R w sposób niedopuszczalny zaingerował w model realizacji zamówienia przyjęty przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego powyższa zmiana nie jest możliwa do poprawienia czy wyjaśnienia, jest bowiem na tyle poważna, że zgodnie z przepisami Pzp uniemożliwia Zamawiającemu zastosowanie procedur określonych w art. 87 Pzp. Jest to o tyle istotne, że zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy R dowodzi, iż Zamawiający naruszył nie tylko art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie, lecz także art.7 ust. 1 Pzp. W ocenie Odwołującego nie można aprobować sytuacji, w której w odniesieniu do jednego wykonawcy Zamawiający nie reaguje na jaskrawe przypadki niezgodności z SIWZ, natomiast ofertę innego wykonawcy (w tym wypadku Odwołującego) odrzuca bez podejmowania jakiegokolwiek próby wyjaśnienia, choć oferta ta bądź to w ogóle nie zawiera niezgodności, bądź to zawiera jedynie oczywistą omyłkę pisarską wymagającą poprawienia.

Zamawiający w pisemnych odpowiedziach na odwołania wniósł o ich oddalenie.

W zakresie podstaw odrzucenia ofert odwołujących związanych z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiający przedstawił argumentację mającą uzasadniać prawidłowość podjętych decyzji.

Ponadto, w zakresie zarzutu związanego z treścią oferty Wykonawcy R Zamawiający stwierdził, że jest on bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 536, w piśmie z dnia 22 maja 2015 r. nie wykluczył możliwości wprowadzenia terminu/realizacji płatności, który poprzedzałby datę 28 kwietnia 2016 r. Zaprzeczył, aby takie zastrzeżenie wynikało z odpowiedzi na to pytanie. Wyjaśnił, że w jego treści jeden z wykonawców zwrócił się o możliwość udzielenia zaliczki, zwiększenia płatności w branży przyrządów i sterowania i branży elektrycznej z 5% do 10%, usunięcia płatności nr 12 „Podpisanie protokołu odbioru końcowego”. Udzielając odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że pozostawia dotychczasowe postanowienia SIWZ bez zmian.

Wobec braku stosownego postanowienia SIWZ żaden z wykonawców, w tym Wykonawca R, nie może ponosić ujemnych konsekwencji w sytuacji wskazania terminu realizacji/płatności od „przekazania dokumentacji technicznej w zakresie projektu podstawowego”.

Ponadto Zamawiający podał, że w treści załącznika nr 19 i 20 do SIWZ część terminów wskazywali samodzielnie wykonawcy. Wykonawca R uzupełnił załącznik nr 20 („Harmonogram rzeczowo-finansowy”) w ten sposób, że w rubryce dotyczącej przekazania dokumentacji projektowej wskazał datę 19 stycznia 2016 r. oraz płatność w kwocie 7.850.000,00 zł, co nie jest sprzeczne z SIWZ, ponieważ brak jest stosownego postanowienia w tym zakresie.

Ponadto Zamawiający podniósł, że realizacja pozycji pn.: „Przekazanie projektu podstawowego” przed datą „Uzyskania ostatecznego pozwolenia na budowę” jest jak najbardziej uzasadniona, bowiem jednym z elementów pozwolenia na budowę jest zatwierdzenie projektu budowlanego, a sam projekt budowlany stanowi załącznik do wniosku o pozwolenie na budowę. Logiczne jest zatem, że przekazanie projektu podstawowego nastąpi przed uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2013/15 i 2018/15 przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca R, wnosząc o oddalenie odwołań.

Na rozprawie strony podtrzymały streszczoną powyżej argumentację.

Zamawiający, na potwierdzenie zasadności jednej z podstaw odrzucenia oferty Wykonawcy A wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści prywatnej ekspertyzy.

Wykonawca R podkreślił, że Wykonawca A nie ma interesu w podnoszeniu zarzutów względem jego oferty, ponieważ nie zmienia to jego sytuacji w Postępowaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach i odpowiedziach na odwołania, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę R (dalej również: „Przystępujący”) przystąpienia przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt: KIO 2013/15 i 2018/15, w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Powyższa konstatacja nie odnosi się jednak do Wykonawcy A w zakresie, w jakim podniósł on zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego, z uwagi na brak przesłanek materialnoprawnych, o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp. Skład orzekający zwrócił uwagę, że Wykonawca A złożył ofertę, która – o ile nie została by przez Zamawiającego odrzucona – byłaby ofertą korzystniejszą od oferty Wykonawcy R w świetle przyjętych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert. Analiza tych okoliczności musi prowadzić do wniosku, że ocena oferty Wykonawcy R jest dla Odwołującego neutralna, a interes oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody obejmuje jedynie te jego działania, które zmierzają do utrzymania złożonej przez niego oferty.

Podkreślenia wymaga, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej zmierzającym do uzyskania przez podmiot z niego korzystający zamówienia publicznego, a przez to – do uniknięcia poniesienia (możliwości poniesienia) szkody związanej z utratą zysku przewidzianego z jego realizacji. Nie jest zatem wystarczająca jakakolwiek poprawa sytuacji odwołującego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż taka wykładnia przepisu art. 179 ust. 1 Pzp byłaby sprzeczna z przesłanką interesu w uzyskaniu zamówienia, a nadto powodowałaby, że odwołanie można byłoby wnosić w oderwaniu od okoliczności związanych z poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody.

Kwestia zarzutów kierowanych wobec oferty mniej korzystnej, aniżeli oferta Odwołującego, musi być rozważana również przez pryzmat wpływu na wynik postępowania, którego wymaga dla uwzględnienia odwołania przepis art. 192 ust. 2 Pzp. Zgodnie z nim, odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli stwierdzone zostanie naruszenie przepisów Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanej regulacji, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. *Ergo*, jedynie potwierdzenie zarzutów dotyczących oferty Odwołującego może mieć wpływ na wynik Postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 Pzp. Jak wskazano wcześniej, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu jedynie w zakresie tych zarzutów, które nakierowane są na zmianę sytuacji wykonawcy, wyrażającą się możliwością uzyskania przez Odwołującego zamówienia, będącego przedmiotem Postępowania. Ten rezultat osiągnięty może być jedynie przez skuteczne zakwestionowanie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Powyższe determinowało uznanie, że zarzuty kierowane wobec wyboru oferty Przystępującego nie mogły podlegać ocenie.

Izba przychyliła się do wniosków odwołujących o wyłączenie jawności rozprawy w części obejmującej rozstrzygnięcie o zasadności podstaw odrzucenia ich ofert. Związane były one bowiem z opisami oferowanych rozwiązań, które stanowiły nieujawnione do wiadomości publicznej części ofert odwołujących.

Odwołania podlegały oddaleniu, jako że nie potwierdziła się zasadność wszystkich sformułowanych w nich zarzutów, a tylko taki wynik postępowania odwoławczego prowadziłby do wniosku o wadliwość decyzji Zamawiającego o odrzuceniu ofert Odwołujących. Innymi słowy zarzuty Odwołujących, które, w ocenie składu orzekającego, były zasadne nie mogły stanowić podstawy uwzględnienia odwołań z uwagi na brak wpływu na wynik Postępowania (por. art. 192 ust. 2 Pzp).

Ustawodawca, nakładając na zamawiającego obowiązek rzetelnego badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wyposażył go w mechanizmy umożliwiające wyjaśnianie mogących powstać w toku tych czynności wątpliwości, a nawet ingerencję w treść złożonej oferty (art. 87 ust. 1 i 2 Pzp).

Mając na względzie wyjątkowość wspomnianych uprawnień ich zastosowanie obwarowane zostało warunkami, których nie można interpretować liberalnie.

Rozważając zastosowanie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp należy mieć na uwadze ustawowy zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty, rozumianych jako ustalenie właściwości oferowanego świadczenia w sposób oderwany od zobowiązania wykonawcy wyrażonego w pisemnej ofercie. Wszczywanie procedury wyjaśnień należy wykluczyć również w sytuacji, w której treść oferty pozbawiona jest wewnętrznych sprzeczności, a wskazuje po prostu na niespełnianie wymagań zamawiającego.

Z kolei dopuszczalna ingerencja w treść oferty ograniczona została do możliwości poprawienia omyłek, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 2 Pzp, które ogólnie można określić mianem niezamierzonych niedokładności. Wynika z tego, że nie każda niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ podlega wyjaśnieniu, czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób kompletny, pozbawiony sprzeczności i zrozumiały. Jakkolwiek Izba zgadza się z poglądem, że stosowanie instrumentów, o których mowa w przepisie art. 87 Pzp nie może być rozpatrywane li tylko w charakterze uprawnienia, ale również obowiązku, tym niemniej absolutyzowanie konieczności wdrażania opisanych w nim procedur stoi w sprzeczności ze statusem profesjonalisty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie jest również, w ocenie składu orzekającego, trafne posługiwanie się argumentem, że o zgodności treści oferty z SIWZ przesądza ma złożenie ogólnego oświadczenia

o zapoznaniu się i zaakceptowaniu wymagań zamawiającego i zaoferowaniu świadczenia odpowiadającego tym wymaganiom. O kształcie zobowiązania wykonawcy decydują szczegóły jego oferty, nie zaś ogólne zapewnienia dotyczącej jej treści. Gdyby przyjęć pogląd przeciwny to treść oferty można byłoby sprowadzić zasadniczo do posłużenia się ogólnikowymi formułkami zwyczajowo zamieszczanymi przez zamawiających we wzorach formularzy ofert, a istnienie procedur wynikających chociażby z przepisu art. 87 Pzp pozbawione byłoby racji bytu. Oświadczenia takie mogą nabrać większego znaczenia w sytuacjach, w których opis przedmiotu zamówienia nie precyzuje pewnych kwestii, nie zaś w przypadkach, gdy zamawiający precyzyjnie opisał swoje oczekiwania.

W kwestii omyłki pisarskiej ustawodawca wymaga, aby miała ona charakter oczywisty. Oznacza to, że zarówno jej popełnienie, jak i sposób jej poprawienia powinny narzucać się *prima facie*, bez konieczności dokonywania zabiegów interpretacyjnych, czy wyjaśniania kwestii z nimi związanych.

W zakresie innej omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba wskazuje, że może być pozbawiona przymiotu oczywistości. Nie jest zatem wykluczone poprzedzenie jej poprawienia wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty (art. 87 ust. 1 Pzp), z zastrzeżeniem zakazu prowadzenia w toku postępowania wyjaśniającego negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, mających za przedmiot złożoną ofertę, o czym stanowi przepis art. 87 ust. 1 zd. drugie Pzp. Zamawiający powinien w ten sposób ustalić, po pierwsze, czy dostrzeżona niezgodność treści oferty wezwanego wykonawcy z treścią SIWZ ma w ogóle charakter omyłki, czy też nieusuwalnego w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp merytorycznego błędu. Po drugie – złożone wyjaśnienia mają upewnić zamawiającego co do prawidłowości ustalonego przezeń sposobu poprawienia stwierdzonej omyłki, wskazać mu właściwy, w ocenie wykonawcy, sposób dokonania tej czynności (a jednocześnie – pozwolić na ocenę, czy nie spowoduje ona istotnej zmiany treści oferty), bowiem, jak wspomniano, inna omyłka nie musi mieć – w przeciwieństwie do omyłek pisarskich i rachunkowych – oczywistego charakteru.

Odnosząc się *stricto* do zarzutów związanych z konkretnymi podstawami odrzucenia ofert odwołujących (w zakresie, w jakim ich omówienie nie spowoduje ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołujących) Izba stwierdziła, co następuje.

**Sygn. akt: KIO 2013/15**

### **Praca IOS z przeciążeniem trwałym**

Izba uznała, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych w *petitum* odwołania błędnie wywodząc z tabeli w pkt 6 na str. 254 oferty Odwołującego, jakoby oferowana instalacja nie miała możliwości osiągnięcia wymaganych przez

Zamawiającego parametrów wydajności. Wątpliwości Zamawiającego, które nadawały się do wyjaśnienia z Odwołującym, powinna bowiem wzbudzić informacja o wydajności instalacji zawarta na str. 255 oferty.

W powyższym kontekście dopuszczalny jest wniosek, że informacje zaprezentowane w tabeli ze str. 254 oferty miały charakter marketingowy, zaś Odwołujący w istocie nie wskazał wprost na spełnianie oczekiwanego przez Zamawiającego poziomu wydajności instalacji, sygnalizując jedynie na str. 255 oferty możliwość spełnienia przez nią tego wymogu.

### **Antykorozyjne zabezpieczenie komina E2**

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Z treści oferty Odwołującego nie sposób wyprowadzić wniosku o objęciu komina E2 obowiązkowymi, w kontekście zakładanych przez niego parametrów instalacji, pracami zabezpieczającymi.

Skład orzekający uznał, że argumentacja Odwołującego jest częściowo pozbawiona konsekwencji. Z jednej strony bagatelizował on rolę załącznika nr 1a do oferty stwierdzając, że stanowi on schemat przebiegu określonego procesu i nie może przesądzać o zakresie jego zobowiązania, z drugiej zaś – opierając się na uwidocznionym w treści załącznika nr 1a schemacie – twierdził, że sporne prace zostały w ofercie przewidziane.

Ponadto, argumentacja Odwołującego oparta została na nieprawidłowym, w przekonaniu Izby, założeniu, że skoro z treści załącznika nr 1a nie wynika, aby obowiązek wykonania spornych robót należał bezwzględnie do Zamawiającego, to – *a contrario* – może to być zakres prac Odwołującego. Należy zauważyć, że oferta musi mieć charakter stanowczy, a jej treści (zakresu zobowiązania wykonawcy) nie można domniemywać. W przeciwnym razie nie sposób byłoby, przykładowo, stwierdzić okoliczności, o której mowa w przepisie art. 140 Pzp. Z niezaprzeczonych przez Odwołującego twierdzeń Zamawiającego wynika, że z żadnym innym fragmencie treści oferty znalazło się zobowiązanie do wykonania wymaganych prac. Oświadczenie, które powinno znaleźć się w ofercie zawarte zostało dopiero w odwołaniu (załącznik nr 13, pkt 9).

Nie miała znaczenia okoliczność, że komin E2 został objęty zakresem innych prac (str. 256 i 279 oferty Odwołującego). Zamawiający nie zarzucił Odwołującemu, że wyłączył tą część instalacji spod zakresu prac w ogóle, ale że nie przewidział wykonania prac antykorozyjnych (załącznik do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (L.p. 2, kol. „Komentarz”, str. 1).

### **Stopień ochrony rozdzielni i podrozdzielni**

W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w pkt 5 i 6 *petitum* odwołania.

Twierdzenia Odwołującego o istnieniu sprzeczności postanowień SIWZ były nie tylko spóźnione, ale również chybione. W sytuacji, w której w pkt VI.3.5.3 PFU Zamawiający sformułował ogólne wymaganie, aby przewidziana do zainstalowania aparatura dostosowana była do wymagań środowiskowych, a następnie w dalszych postanowieniach SIWZ wprowadził szczególne wymogi odnośnie stopnia ochrony poszczególnych urządzeń nie można dopatrywać się sprzeczności w treści SIWZ, a jedynie doprecyzowania pewnych kwestii.

Odwołujący w istocie przyznał, że nie zauważył szczegółowego wymagania Zamawiającego w zakresie stopnia ochrony rozdzielni i podrozdzielni, określając ten parametr na poziomie niższym od wymaganego. W konsekwencji wzywając do złożenia wyjaśnień w tym zakresie i przyjęcie, że w ich następstwie mogłoby dojść do poprawienia tzw. innej omyłki byłoby niejako uprzywilejowaniem wykonawcy, który nie dość dokładnie zapoznał się z postanowieniami SIWZ.

Nie miał racji Odwołujący twierdząc na rozprawie, że omyłka dotyczyła parametru konkretnego urządzenia, skoro ze str. 273 oferty wynika, że zostało ono wskazane jedynie przykładowo (nie podano modelu urządzenia, wobec czego nie jest wiadome, czy pomiędzy nim, a urządzeniem wyspecyfikowanym w złożonej na rozprawie ofercie handlowej zachodzi tożsamość). W konsekwencji, wbrew stanowisku Odwołującego, nie sprecyzował on oferowanego urządzenia na tyle, aby możliwe było poprawienie jakiegokolwiek omyłki w jego opisie.

Poprawienie innej omyłki jest również wątpliwe z uwagi na fakt, że Odwołujący nie wskazał z którego fragmentu oferty wynika parametr o wymaganej przez Zamawiającego wartości. Wprowadzanie do oferty w następstwie wyjaśnienia jej treści i poprawienia innej omyłki informacji z niej niewynikających należy traktować z niezwykłą ostrożnością z uwagi na zakaz prowadzenia negocjacji, o którym mowa w art. 87 ust. 1 zd. drugie Pzp.

### **Moc silnika kompresora powietrza**

W ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego bez zastosowanie procedur, o których mowa w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp. Z uwagi na brak wpływu przedmiotowego naruszenia Pzp na wynik Postępowania na marginesie rozważań pozostaje kwestia, czy poprawienie omyłki należałoby poprzedzić wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty, czy Zamawiający miał możliwość wykonania tej operacji samodzielnie.

Zdaniem składu orzekającego Zamawiający nie powinien był bagatelizować informacji zawartych w dokumencie ze str. 331 oferty Odwołującego tym bardziej, że pozostawały w sprzeczności z danymi wynikającymi ze str. 367 oferty. Nie było uzasadnione kwestionowanie wiarygodności i roli dokumentu ze str. 331 oferty. Tego rodzaju dokumenty

składane są w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi, czy roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego, o czym przesądzają przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231). W konsekwencji mogą one stanowić wiarygodne źródło informacji odnośnie właściwości przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

### **Sygn. akt: KIO 2018/15**

#### **Pierwsza podstawa odrzucenia oferty Odwołującego**

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał na str. 231 oferty wprost na parametr, który nie mógł być uznany za spełniający wymagania Zamawiającego.

Izba nie podziela zapatrywania Odwołującego, jakoby popełnił w tym zakresie oczywistą omyłkę pisarską. Przeczą temu zresztą wyliczenia prawidłowej – jego zdaniem – wartości spornego parametru (str. 6 odwołania), w wyniku których otrzymał dwa różne wyniki. W konsekwencji nie sposób twierdzić, że Zamawiający mógłby bez konieczności przeprowadzania dodatkowych zabiegów interpretacyjnych, czy wyjaśnień ustalić konkretną wartość parametru.

Odwołujący powołał się również na możliwość zakwalifikowania omawianej niezgodności jako innej omyłki. Izba uznała jednak, że tak znacząca zmiana jednego z podstawowych parametrów urządzenia mającego niebagatelny wpływ na przebieg procesów w całej instalacji byłaby zmianą istotną, wyłączającą możliwość jej wprowadzenia w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Nie sposób było również ustalić parametru urządzenia na podstawie naniesionych na jego schemat wymiarów. Zdaniem Izby wnioskowanie o brakujących wymiarach na podstawie innych, naniesionych na rysunek danych, w oparciu o które miałyby w konsekwencji zostać ustalony sporny parametr było zawodne, z czego zdawał sobie również sprawę sam Odwołujący operując przypuszczeniami odnośnie proporcji wielkości urządzeń (odwołanie, str. 7).

#### **Druga podstawa odrzucenia oferty Odwołującego**

Zarzuty Odwołującego nie były uzasadnione.

Wymóg Zamawiającego był w tym zakresie jasny, a wynikał z postanowień PFU i odpowiedzi na pytania wskazane na str. 5 odpowiedzi na odwołanie.



W ocenie składu orzekającego w pkt 3.20 na str. 228 oferty Odwołujący bez wątpienia, z siebie tylko znanych przyczyn, wyłączył z zakresu zamówienia dostawę urządzeń, których zaferowania Zamawiający bezwzględnie wymagał.

Nawet jeśli Odwołujący, jak twierdził w odwołaniu i na rozprawie, posługuje się swoistym nazewnictwem urządzeń, to tym bardziej powinien ostrożnie formułować treść oferty, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której jego oświadczenie będzie stało w oczywistej sprzeczności z oczekiwaniami Zamawiającego.

W sytuacji w której Odwołujący oświadczył wyraźnie, że wymaganych urządzeń nie oferuje nie ma podstaw do wzywania go do wyjaśnienia treści oferty. W takiej sytuacji poza sferą zainteresowania Zamawiającego powinna pozostawać kwestia przyczyn takiego stanu rzeczy.

### **Trzecia podstawa odrzucenia oferty Odwołującego**

Zarzuty Odwołującego nie mogły się ostać.

Zamawiający zasadnie podnosił, że w treści oferty Odwołującego (str. 228, 288-299) wskazano, że oczekiwany przez Zamawiającego parametr nie osiąga minimalnej wymaganej wartości. Wobec tego Odwołujący przewidział w ofercie zastosowanie procesu, którego celem miało być podniesienie wartości parametru do określonego poziomu. W tym zakresie Izba dała wiarę argumentacji Zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie, jak również wnioskowi wynikającym ze złożonej na rozprawie prywatnej opinii, zgodnie z którymi nie jest w ten sposób możliwe osiągnięcie zakładanych przez Odwołującego efektów.

Skład orzekający uznał, że kontrargumentacja Odwołującego pozbawiona była merytorycznych konkretów. Ograniczała się bowiem do kwestionowania rzetelności ww. dowodu, a nadto do zapewniania o możliwości osiągnięcia pożądaných wyników.

### **Czwarta i piąta podstawa odrzucenia oferty Odwołującego**

W ocenie składu orzekającego Zamawiający, w przedmiotowym zakresie, odrzucił ofertę Odwołującego z naruszeniem przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu. Istniały bowiem podstawy do wyjaśnienia kwestii, które stanowiły przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający bazował na dokumencie (str. 303 oferty Odwołującego), na którym widnieje pouczenie, że ma on charakter poglądowy. W konsekwencji Zamawiający nie powinien był wyciągać na podstawie schematu ideowego kategorię wniosków dotyczących braku zgodności oferty Odwołującego z wymogami SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 i § 6 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:** .....

.....