

Sygn. akt: KIO 2306/11

WYROK
z dnia 7 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 listopada** 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 24 października 2011 r. wniesionego przez wykonawcę **Polimex Mostostal S. A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Polimex Mostostal S. A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa**

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Polimex Mostostal S. A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający ENERGA Elektrownie Ostrołęka Spółka Akcyjna z siedzibą w Ostrołęce, ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka wszczął postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem na »Zaprojektowanie i budowę źródła ciepła w Elektrowni „B”, polegająca na uciepłownieniu turbin 13K200 oraz połączeniu z istniejącą infrastrukturą ciepłowniczą«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

14.08.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 157-243271.

14.10.2011 r. zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty wykonawcy Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i zamawiający nie wszczął procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp.

24.10.2011 r., zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wykonawca Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa wniósł do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 Pzp przez jego niezastosowanie pomimo, że zaistniały ku temu przesłanki;
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie, pomimo, że u zamawiającego powinny się zrodzić wątpliwości i powinien wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień;
- 4) z ostrożności procesowej odwołujący wskazuje na naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp ze względu na zaniechanie zamawiającego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, pomimo faktu, że uznał je za wadliwe.

Ze względu na wycofanie na rozprawie tego zarzutu przez odwołującego, zarzut czwarty nie był przedmiotem rozpoznania.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania oferty odwołującego i w konsekwencji dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

1. Załącznik Nr 3 do Oferty – Harmonogram Realizacji Przedmiotu Umowy

Zamawiający zarzucił odwołującemu, że cyt. »Wykonawca przedstawił Harmonogram Realizacji Przedmiotu Umowy, który zakłada odstawienie każdego z bloków na łączny okres 9 tygodni na blok (pkt 8, 46, 48, 53 i 61 Harmonogramu Realizacji Przedmiotu Umowy), co jest sprzeczne z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym stanowiącym załącznik Nr 3 do Umowy (będącej Integralną częścią specyfikacji). Harmonogram Rzeczowo-Finansowy ENERGA Elektrownie Ostrołęka SA zawiera ściśle określone terminy zakończenia uciepłownienia każdego turbosespołu i przekazania go do eksploatacji z wykonanymi pomiarami po uciepłownieniu. W każdym z przypadków okres ten nie może być dłuższy niż 6 tygodni od odstawienia bloku, (pkt 5, 6, 7) Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego). Wydłużenie przez wykonawcę okresu odstawienia każdego z bloków o 3 tygodnie stanowi oczywistą niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji«.

W zakresie pkt 8 Harmonogramu Realizacji Przedmiotu Umowy odstawienie TZ1, TZ2 i TZ3 – 1 tydzień na blok (weryfikacja dokumentacji wykonawcy i ustalenie ew. zmian, kolizji, wykonanie prac przygotowawczych w zakresie fundamentowania urządzeń i niezbędnych przekładek) odwołujący stwierdza, że odstawienie każdej turbiny kolejno na jeden tydzień jest związane z koniecznością uzyskania niezbędnych danych do wykonania projektu i dotyczy konieczności weryfikacji ustawień turbin, stanu technicznego turbin, ew. kolizji i wykonania prac przygotowawczych w zakresie fundamentowania i niezbędnych przekładek. Nie można tych prac wykonywać przy pracującej turbinie ze względów bezpieczeństwa. Działania wykonawcy mają swoje uzasadnienie w także w postanowieniach Umowy (§ 4 ust. 10, 11 i 13), z których jednoznacznie wynika, że »Wykonawca zapoznał się z miejscem realizacji robót, infrastrukturą i jej specyfikacją oraz dostępną dokumentacją urządzeń i ich lokalizacją na planach oraz, że otrzymał od zamawiającego ujęte w Dokumentach Umowy dane, którymi dysponuje zamawiający, mogące mieć wpływ na ryzyka i okoliczności realizacji przedmiotu Umowy«. oraz »Wykonawca oświadcza, że nawet w przypadku nie wyspecyfikowania w umowie i załącznikach do umowy jakiegoś elementu koniecznego dla właściwego funkcjonowania Instalacji o zagwarantowanych przez wykonawcę parametrach technicznych, będzie on dostarczony / wykonany w ramach wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1 umowy«.

Działanie to dodatkowo jest uzasadnione w związku z następującym postanowieniem Umowy: »Zamawiający ponosi odpowiedzialność za wszelkiego rodzaju błędy, nieprawidłowości i pominięcia w specyfikacjach i dokumentach umowy oraz nie udziela zapewnienia, co do prawidłowości lub kompletności danych lub informacji pod warunkiem, że wykonawca udowodni, że działając z należytą zawodową starannością nie powinien i nie mógł na etapie przed podpisaniem umowy, podczas analizy dokumentów umowy, wykryć takich błędów, nieprawidłowości i pominięć. W innych wypadkach wykonawca ponosi odpowiedzialność za błędy, nieprawidłowości i pominięcia w specyfikacjach i dokumentach umowy, co do prawidłowości lub kompletności danych lub informacji«.

Odwolujący deklaruje, że termin jednego tygodnia jest terminem maksymalnym i może ulec skróceniu. Na etapie opracowywania oferty założono termin maksymalny. Odstawienie turbin jest konieczne dla prawidłowej realizacji zadania. Termin odstawienia może być dokonany w terminie innym niż podano w harmonogramie i może zostać uzgodniony wzajemnie pomiędzy stronami. Zamawiający nie zabronił odstawienia turbin dla tych prac.

W związku z powyższym nie zostały naruszone wymagania specyfikacji.

Punkty 46, 48 i 53 Harmonogramu Realizacji Przedmiotu Umowy (Odstawienie TZ do uciepłownienia)

Odwolujący stwierdza, że każda turbina jest odstawiana kolejno na 6 tygodni celem dokonania podstawowych prac związanych z uciepłownieniem. Ten termin jest maksymalny i prawdopodobnie nie ulegnie skróceniu. Przedstawione w tych punktach czasokresy odstawień dotyczą tylko prac związanych z uciepłownieniem, zgodnie z załącznikiem nr 3 do umowy. Wymóg postawiony w specyfikacji (zakończenie uciepłownienia każdego turbozespołu i przekazania go do eksploatacji w terminie nie dłuższym niż 6 tygodni od odstawienia bloku) rozumiany jest jako zakończenie prac instalacyjnych wymagających postoju bloku (wymiana przelotni, wyprowadzenie króćców, instalacja armatury itp.), uruchomienia go i przeprowadzenia pomiarów dla trybu pracy kondensacyjnej. Kwestia ta została poruszona podczas oględzin 1 kwietnia 2011 r. oraz w czasie negocjacji po złożeniu oferty wstępnej. Stanowisko przedstawiane przez zamawiającego wskazywało, że w tym okresie mają być wykonane prace na turbinie pozwalające po tym okresie na ponowne uruchomienie bloku i kontynuację pozostałych prac na obiekcie.

Punkty 46, 48 i 53 spełniają tak postawiony wymóg ponieważ trwają 6 tygodni i kończą się podpisaniem protokołów odbioru częściowego, dla których podpisania należy przeprowadzić pomiary po uciepłownieniu w trybie pracy kondensacyjnej.

Punkt 61 Harmonogramu Realizacji Przedmiotu Umowy (Postój bloków – próby zabezpieczeń układu ciepłowniczego, po 2 tygodnie na blok (bloki odstawiane parami)

Odwołujący stwierdza, że w celu dokonania niezbędnych prób nie jest konieczne zatrzymywanie turbin. W Harmonogramie Realizacji Przedmiotu Umowy komentarz do tego punktu zawiera omyłkę. Jak powszechnie wiadomo: badań technicznych i regulacji nie można wykonać podczas postoju turbin. Zamawiający powinien poprawić tę omyłkę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Łączny okres odstawienia każdej pojedynczej turbiny związany z uciepłowieniem wynosi maksymalnie 6 tygodni, tak jak wymaga tego specyfikacja. Zawsze dwie turbiny są w ruchu, podczas gdy na jednej tylko wykonywane są niezbędne prace. Zamawiający sam przewidział taką opcję pracy Elektrowni B w specyfikacji ostatecznej – Wariant 1.

Odstawienie turbin nie zmienia terminu Odbioru Końcowego, który jest zgodny z wymaganiami specyfikacji.

Punkty 63-66 Harmonogramu Realizacji Przedmiotu Umowy.

Zdaniem odwołującego rozbieżność tych punktów od postanowień specyfikacji ma znamiona omyłki unormowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji stanowi przesłankę odrzucenia oferty, stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jednakże powołany przepis stanowi, że jego zastosowanie wymaga przeprowadzenia uprzedniej analizy pod kątem możliwości zastosowania instytucji poprawienia omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. A zatem kwestią wymagającą rozstrzygnięcia w przypadku tego zarzutu było ustalenie, czy zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uznając, że nie zachodzą przesłanki do poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jeśli zamawiający uznał, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji w sytuacji, gdy jednocześnie wykonawca przyjął wszystkie warunki zawarte w specyfikacji, o czym mówi jego oświadczenie w formularzu oferty, to siłą rzeczy mamy do czynienia z omyłką w treści oferty odwołującego.

Wykonawca Polimex-Mostostal w formularzu oferty z 6 września 2011 r. zawarł oświadczenie, że zapoznał się z wymaganiami specyfikacji oraz przyszłej umowy z wykonawcą zamieszczonej w części II specyfikacji i akceptuje jej warunki.

Poprawa tych omyłek nie wpłynie w sposób istotny na treść oferty, nie ulegnie zmianie wartość robót, ustalonych w ofercie. Nie spowoduje, to zmiany w rankingu wykonawców. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialia negotii*. Dopuszcza się możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Z tego względu poprawa omyłki w Harmonogramie Realizacji Przedmiotu Umowy

odwołującego nie wpłynie w jakikolwiek sposób na zakres jego zobowiązania wynikający z oferty. Utrwalone już orzecznictwo wskazuje, że zakres możliwych do poprawienia omyłek na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, powinien być interpretowany możliwie najszerzej.

Harmonogram Realizacji Przedmiotu Umowy złożony do oferty jest – ze względu na brak projektu wykonawczego – harmonogramem wstępnym, szczegółowy harmonogram realizacji wraz z korektami oczekiwanymi przez zamawiającego będzie możliwy do opracowania dopiero po wykonaniu projektu wykonawczego.

Zamawiający zaniechał dokonania oceny zaistniałej niezgodności pod kątem spełnienia przesłanek zawartych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jeżeli zamawiający ustaliby, że zaoferowanie dłuższego, niż wymagany terminu oddania do eksploatacji jest wynikiem pomyłki, a jej charakter nie jest istotny z punktu widzenia całości oferowanego świadczenia, winien dokonać poprawienia omyłki i niezwłocznie poinformować odwołującego o dokonanej poprawie. Dopiero jeśli odwołujący w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodzi się na poprawienie omyłki, zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

O braku istotności świadczy fakt, że termin odbioru końcowego inwestycji pozostał niezmienny i zgodny z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym przedstawionym w specyfikacji przez zamawiającego (odbior końcowy 25 czerwca 2013 r.).

2. Cześć budowlana Oferty

Ad 2 poz. 1

Zdaniem odwołującego, oświadczenie w ofercie ostatecznej punkt 3.1.1.1.13.12.1 na stronie 109 (98/235), cyt.: »Zostanie przedstawiony zakres niezbędnych opracowań dotyczących badań geologiczno-inżynierskich oraz ocen technicznych i ekspertyz obejmujący teren i istniejące obiekty budowlane znajdujące się w obrębie przewidywanej zabudowy obiektów związanych z budową nowego źródła ciepła, a następnie zrealizowany« należy rozumieć jako przyjęcie »na siebie« (tzn. w gestę wykonawcy) realizacji tych opracowań, łącznie z nierozzerwalnie z tym związanymi ewentualnymi wierceniami, sondowaniami, badaniami, opracowaniami graficznymi i opisowymi.

Ad 2 poz. 2

Oświadczenie w ofercie ostatecznej punkt 3.1.1.1.13.12.8 na stronie 120 (109/235), cyt.: »2x papa zgrzewalna« jest pojęciem niewykluczającym zastosowania papy wierzchniego krycia modyfikowanej na włókninie poliestrowej (a nawet lepszej). Taki bardzo już szczegółowy wymóg uwzględnia się w porozumieniu z inwestorem na etapie projektu budowlanego lub dokumentacji wykonawczej. Zgodnie z wcześniejszymi deklaracjami, pokrycie dachów będzie spełniać odpowiednie wymagania i dawać właściwą gwarancję szczelności i wytrzymałości, co jest możliwe do uzyskania przy zastosowaniu także innych rodzajów pap zgrzewalnych.

Ad 2 poz. 3

Postanowienie pkt 3.2.8 strona 242/277 specyfikacji nie jest sformułowane poprawnie gramatycznie i przez to niejednoznaczne (wygląda na błąd redakcyjny – niedokończone zdanie). Niezależnie od tego, postanowienie wcześniejsze w ofercie ostatecznej pkt 3.1.1.1.39 tiret pierwsze na stronie 215 (204/235) specyfikacji mówi o tym, że wykonawca zobowiązuje się do wpisania do dziennika budowy i powiadomienia celem sprawdzenia wszystkich robót zanikających lub ulegających zakryciu. Jeżeli zatem zakrycie nastąpi bez spełnienia warunku powiadomienia to oznacza, że wykonawca nie spełnił wymaganych procedur i koszty z tym związane nie mogą być przerzucone na zamawiającego i rozliczane jako roboty dodatkowe. Zatem kwestionowane postanowienie w ofercie dotyczy tylko przypadków robót, dla których spełniono procedurę przewidzianą dla robót zakrywanych (powiadomienie). Nie ma potrzeby ponownego zapisywania w tym punkcie warunku o konieczności powiadomienia.

Ad 2 poz. 4

Oferta ostateczna, strona 457 (rysunek nr 0961/OO/5/001). Wrysowanie nieistniejącej drogi od ronda do ulicy Wiaduktowej nie ma wpływu ani znaczenia dla przedmiotu zamówienia i jakości oferty, gdyż zakresem realizacji zawartym w ofercie jest objęty zgodnie z wymaganiami – zakres ujęty w niezrealizowanym Projekcie Budowlano-Wykonawczym »Budowy drogi wewnętrznej dojazdowej do działki nr 30068/4 jako czwarty wlot na rondo I AWP – II ETAP REALIZACJI« wykonany przez P.P. Kom-Projekt Tadeusz Prusaczek w lipcu 2006 r. Powierzchnie dróg, chodników i zieleni zostały graficznie (kreskowanie kolorowe) przedstawione na rysunku „Koncepcja projektu zagospodarowania terenu” i zostały uwzględnione w kosztach realizacji zadania (w cenie oferty).

W wymaganiach specyfikacji dla załącznika nr A4 nie określono w jakiej formie należy określić ich powierzchnię zabudowy. Co za tym idzie, dodatkowe szczegółowe podawanie wielkości powierzchni zabudowy na rysunku nie ma znaczenia.

3. Część przeciwpożarowa Oferty

Ad 3 poz. 1

Uwarunkowania zawarte w punkcie 2.6.5.12 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (strona 51/277 i 52/277) zostały zawarte w rozdziale 3.21.1 oferty ostatecznej (strona 445-447). W rozdziale 3.21.1 potwierdzono, że na etapie projektu budowlanego zostanie opracowana koncepcja zabezpieczeń ppoż. Projekty wykonawcze muszą być zgodne z projektem budowlanym, a to oznacza, że będą realizować jego założenia zawarte w koncepcji zabezpieczeń ppoż., która jest integralną częścią projektu budowlanego.

Ad 3 poz. 2

W rozdziale 3.21.1 oferty ostatecznej (strona 445-447) określone jest między innymi, że:

– na etapie projektu budowlanego będącego podstawą wystąpienia o pozwolenie na budowę zostanie opracowana koncepcja zabezpieczenia przeciwpożarowego nowoprojektowanych obiektów, budowli i instalacji zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie. Będzie ona potwierdzona przez rzeczoznawcę ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych i uwzględniać będzie między innymi: specyfikacje podręcznego sprzętu gaśniczego na normatywne wyposażenie obiektu wraz z miejscami jego lokalizacji (oferta ostateczna – strona 446),

– zabezpieczone zostaną drogi ewakuacyjne, które stanowić będą bezpieczne trasy do wydostania się z poszczególnych obiektów i przestrzeni osób znajdujących się wewnątrz. Oświetlenie ewakuacyjne, systemy oddymiania oraz zabezpieczenia pasywne zagwarantują bezpieczne warunki w wymaganym czasie dla potrzeb ewakuacji i działań służb ratowniczo-gaśniczych (oferta ostateczna – strona 446).

Oświadczenia te jednoznacznie wskazują, że wykonawca zobowiązuje się dostarczyć podręczny sprzęt przeciwpożarowy.

Ad 3 poz. 3.

W rozdziale 3.1.2.7.2.26 oferty ostatecznej (strona 168, 169) potwierdzone jest w całości spełnienie wymagań punktu 2.7.2.26 Programu Funkcjonalno-Użytkowego, strona 180/277 (z zachowaniem wymaganego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stopnia szczegółowości postanowień) w tym również, że:

– sieć wody ppoż. będzie miała układ pierścieniowy zasilony z istniejącej na terenie EL. B sieci w dwóch punktach,

– woda ppoż. będzie doprowadzona do zasilania: hydrantów zewnętrznych, wewnętrznych lub zaworów hydrantowych w projektowanych obiektach, budynkach, instalacjach itp. oraz instalacji gaśniczych wodnych w projektowanych obiektach, budynkach, instalacjach itp. w tym do instalacji zraszaczowej w kablowni zlokalizowanej w Rozdzielni elektrycznej z nastawnią B01.1.

Oświadczenia te jednoznacznie wskazują że zostanie wykonana zarówno sieć wody przeciwpożarowej jak również, że wykonawca doprowadzi wodę przeciwpożarową do obiektów, urządzeń instalacji dla realizowanej inwestycji.

Wykonawca Polimex-Mostostal w formularzu oferty z 6 września 2011 r. zawarł oświadczenie, że zapoznał się z wymaganiami specyfikacji oraz przyszłej umowy z wykonawcą zamieszczonej w części II specyfikacji i akceptuje jej warunki.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazuje, że gdyby Izba nie uznała przedstawionych argumentów brak przytoczenia przez odwołującego wszystkich postanowień wskazanych w specyfikacji ma znamiona omyłki z przepisu art. 87 ust. 1 pkt 3 Pzp. Przemawia za tym okoliczność, że odwołujący wypełnił i złożył wszystkie wymagane elementy treści oferty wynikające z zakresu przygotowanych przez zamawiającego formularzy specyfikacji: formularza oferty z oświadczeniami, prawidłowo konkretyzując wymagane tam elementy treści oferty oraz składając wszystkie wymagane oświadczenia dotyczące zgodności przedmiotu oferty z przedmiotem zamówienia określonym w specyfikacji. Natomiast odwołujący nie przeniósł do tego formularza niektórych postanowień specyfikacji lub przeniósł je w brzmieniu niedokładnym. Odwołujący składając ofertę działał w przeświadczeniu, że w wystarczający sposób dał wyraz akceptacji realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach określonych przez zamawiającego. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie spowodowało to powstania nieusuwalnej sprzeczności złożonej oferty z treścią specyfikacji.

Wobec braku stwierdzenia przez zamawiającego, że treść oferty odwołującego zawiera postanowienia wprost sprzeczne z tymi wymaganiami, nie można uznać, że wytknięte przez zamawiającego braki treściowe oferty mają charakter nieusuwalny.

Poprawa tych omyłek nie wpłynie w sposób istotny na treść oferty, nie ulegnie bowiem zmianie wartość robót, ustalonych w ofercie, nie zmieni się ranking wykonawców.

Wykonawca Polimex-Mostostal nie dopatruje się żadnych niezgodności w złożonej ofercie nr Z8/0961/2010 z 6 września 2011 r. w stosunku do wymagań zawartych w dokumentach specyfikacji z lipca 2011 r., które to stanowiłyby podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Złożona OFERTA OSTATECZNA nr Z8/0961/2010 z 6 września 2011 r. spełnia wymagania specyfikacji na »Zaprojektowanie i budowę źródła ciepła w Elektrowni „B” polegające na ucieplownieniu turbin 13K200 oraz połączeniu z istniejącą infrastrukturą ciepłowniczą« i nie powinna zostać odrzucona przez zamawiającego.

24.10.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający nie przesłał kopii odwołania innym wykonawcom, gdyż jedynym wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu jest odwołujący (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

02.11.2011 r. zamawiający przesłał odpowiedź na odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie (1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (przez odrzucenie oferty odwołującego, chociaż – zdaniem odwołującego – złożona przez niego oferta odpowiada treści specyfikacji), (2) art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp (przez jego

niezastosowanie w sprawie, chociaż – zdaniem odwołującego – istniały po temu przesłanki), (3) art. 87 ust. 1 Pzp (przez jego niezastosowanie w sprawie, wskazując na obowiązek zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień, jeśli zrodziły się u zamawiającego wątpliwości do treści oferty odwołującego).

Zdaniem zamawiającego, żaden z przywołanych przez odwołującego przepisów prawa nie został przez zamawiającego naruszony w trakcie badania oferty odwołującego, a zatem wnioski odwołującego zawarte w odwołaniu nie powinny być uwzględnione.

Odwołujący zbyt szeroko pojmuje zakres, w jakim zamawiający zobowiązany jest treścią art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp, do poprawienia oczywistych omyłek pisarskich lub innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W odniesieniu do zarzutu, że zamawiający powinien wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, skoro zrodziły się u zamawiającego wątpliwości co do treści złożonej przez odwołującego oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, to stwierdzenie wymaga, że odwołanie nie przysługuje od czynności bądź zaniechania zamawiającego, które wynikają z uprawnienia przyznanego zamawiającemu na mocy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Przy użytym sformułowaniu »zamawiający może żądać« wykonawca nie może domagać się, by zamawiający żądał wyjaśnień. W związku z tym nie można postawić zamawiającemu zarzutu wskazując naruszenie tego przepisu, skoro zamawiający nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia.

Mając na uwadze wskazane wyżej uwarunkowania prawne zamawiający, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, wnikliwie przeanalizował wszystkie niezgodności oferty odwołującego ze specyfikacją i uznał, że nie może zakwalifikować ich jako omyłek pisarskich, czy jako takie omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odzwierciedleniem tego faktu jest tzw. protokół cząstkowy sporządzony 10 października 2011 r., w którym to protokole komisja zamawiającego jednomyślnie uznała, że nie jest możliwym poprawienie oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Oczywistych omyłek pisarskich, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, w toku badania oferty odwołującego nie stwierdzono (podobnie jak omyłek rachunkowych), skutkiem czego komisja zamawiającego dalej już nie zajmowała się tym aspektem obowiązków zamawiającego w zakresie dokonywania poprawek.

Zamawiający oświadcza, że w całej rozciągłości podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w zawiadomieniu skierowanym do odwołującego 14 października 2011 r., znak: NZ/KC/313/2011 r., stosownie do którego zamawiający, stwierdziwszy w ofercie odwołującego niezgodności ze specyfikacją – odrzucił ofertę odwołującego.

Odnosnie podniesionych przez odwołującego zarzutów, zamawiający stwierdził:

1. Niezgodności w Załączniku 3A do Oferty – Harmonogram Realizacji Przedmiotu Umowy

Wszelkie treści zawarte w Harmonogramie Realizacji Przedmiotu Umowy, sporządzonym przez odwołującego, mają charakter oświadczenia woli co do tego, które prace i w jakim okresie zostaną przez wykonawcę wykonane. Harmonogram Realizacji Przedmiotu Umowy ten nie jest dokumentem wstępnym, czy przykładowym.

Zgodnie z brzmieniem § 4 ust. 5 (Rozdział 2 Przedmiot umowy i termin realizacji) projektu umowy, stanowiącego integralną część specyfikacji, »Harmonogram Realizacji Przedmiotu Umowy przedstawiony przez wykonawcę zawiera Załącznik nr 4 stanowiący integralną część niniejszej Umowy«. Harmonogram Realizacji Przedmiotu Umowy ten, będąc następczym (wykonawczym), w stosunku do Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, sporządzonego przez zamawiającego, stanowiąc załącznik nr 3 do umowy, stosownie do treści § 4 ust. 4 projektu umowy, nie może pozostawać w sprzeczności z jego postanowieniami.

Gdyby przyjąć, że treści zawarte w Harmonogramie Realizacji Przedmiotu Umowy są zgodne z treścią specyfikacji, na etapie realizacji umowy funkcjonowałyby dwa dokumenty niespójne ze sobą, wymuszające dokonywanie ich wykładni, czy – jak twierdzi odwołujący – dokonywanie między stronami dalszych uzgodnień.

Jeśliby zamawiający miał zamiar pozostawienia wykonawcom dowolność, co do tego w jaki sposób i w jakich terminach wykonają oni przedmiotowe zamówienie, nie narzuciłby obowiązku realizowania zamówienia zgodnie z etapami i terminami określonymi w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, bez możliwości modyfikowania ich przez wykonawców.

Skoro dla zamawiającego zasadnicze znaczenie ma realizowanie przez wykonawców przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią poszczególnych etapów (zgodnie z ich zakresem) i w terminach dla tych etapów określonych, nie może ostać się twierdzenie odwołującego, że wprowadzone przez odwołującego odstępstwa (mające charakter nieusuwalnej niezgodności ze specyfikacją), nie naruszają wymagań postawionych przez zamawiającego w specyfikacji.

Zamawiający podtrzymuje w całej rozciągłości twierdzenie, że odwołujący, w złożonym Harmonogramie Realizacji Przedmiotu Umowy, w sposób zamierzony, wydłużył narzucony przez zamawiającego maksymalny – nie dłuższy niż 6 tygodniowy – termin odstawienia

każdego z bloków (TZ1, TZ2 i TZ3 – poz. 5-7 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego), o 3 tygodnie. Odwołujący twierdzi w odwołaniu (str. 3), że w przypadku wprowadzonego przez niego w pkt 8 do Harmonogramu Realizacji Przedmiotu Umowy, odstawienie TZ1, TZ2 i TZ3 po jednym tygodniu na każdy blok, ma na celu weryfikację dokumentacji wykonawczej, ustalenie ew. zmian, kolizji, wykonanie prac przygotowawczych w zakresie fundamentowania urządzeń i niezbędnych przekładek i odstawienia takie są zgodne ze specyfikacją, bowiem wynikają one z przywołanych przez odwołującego postanowień projektu umowy, w szczególności z § 4 pkt 10, 11 i 13, § 7 ust. 1. Jednak zdaniem zamawiającego żadne ze wskazanych przez odwołującego postanowień projektu umowy nie uprawniały odwołującego do dokonywania poszerzenia swoich uprawnień, w zakresie wiążącego odwołującego obowiązku postoiu każdego z bloków. Zasadnicze znaczenie w tym zakresie posiada wyłącznie Harmonogram Rzeczowo-Finansowy sporządzony przez zamawiającego, który to harmonogram po czterech pierwszych etapach, poprzedzających jedyne przewidziane odstawienia bloków (obejmujących opracowanie Projektu Technicznego, Projektu Budowlanego, uzyskanie pozwolenia na budowę oraz opracowanie dokumentacji wykonawczej), nie założył nawet możliwości odstawienia bloków celem weryfikacji sporządzonej przez wykonawcę dokumentacji, jako że etapy te bezpośrednio poprzedzają odstawienie bloków umożliwiające zakończenie ich uciepłownienia z przyjęciem do eksploatacji (na podstawie protokołu częściowego), z wykonanymi pomiarami po uciepłownieniu dla trybu pracy kondensacyjnej.

Na tych etapach (przyjętych przez zamawiającego odstawienia bloków) należało weryfikować dokumentację wykonawczą, bowiem w okresach wskazanych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, zamawiający weryfikację tę uwzględnił. W analogiczny sposób, w narzuconych przez zamawiającego okresach odstawienia bloków, uwzględnione zostały prace mające charakter *sensu stricto* realizacyjny, jakimi są prace przygotowawcze w zakresie fundamentowania urządzeń i niezbędnych przekładek.

W tym stanie rzeczy, twierdzenie odwołującego, że wprowadzona przez niego zmiana (niezgodność ze specyfikacją), nie narusza wymagań specyfikacji nie może się ostać. Odwołujący chce wprowadzić swoimi propozycjami w ofercie swoisty system negocjacyjny tak na etapie składania oferty, jak i ewentualnie wykonania umowy.

Z jednej strony odwołujący podaje sztywny termin jednotygodniowy dla odstawienia każdego z bloków, z drugiej strony twierdzi, że termin ten nie jest terminem sztywnym, a maksymalnym, podlegającym dalszemu uzgadnianiu między stronami. Czyli z góry, skoro Harmonogram Realizacji Przedmiotu Umowy miał być integralną częścią umowy, odwołujący założył dokonywanie zmian w treści umowy na etapie również realizacyjnym, co nie znajduje uzasadnienia w treści przepisu art. 144 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do twierdzeń odwołującego, że w poz. 61 Harmonogramu Realizacji Przedmiotu Umowy »Postój bloków – próby zabezpieczeń układu ciepłowniczego, po 2 tyg./blok (bloki odstawiane parami)«, jest jego omyłką, albowiem »nie jest konieczne zatrzymywanie turbin« i powinno być poprawione przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, także nie może się ostać.

Samo użycie przez odwołującego sformułowania »nie jest konieczne«, nie wyklucza, że postój taki był przez odwołującego uznany za konieczny, skoro znalazł swoje miejsce w Harmonogramie Realizacji Przedmiotu Umowy. Jeśli zatem Harmonogram Realizacji Przedmiotu Umowy ten miał stanowić integralną część umowy (jej załącznik nr 4), wszelkie zawarte w nim treści mają charakter oświadczenia woli wykonawcy i nie mogą być traktowane jako omyłka usuwalna w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający jest częścią Krajowego Systemu Energetycznego (KSE), a w północno-wschodniej Polsce jest jedynym wytwórcą systemowym, stąd też jego szczególna rola w KSE. Oznacza to, że ciągła i niezawodna praca bloków, które mają podlegać ucieplonieniu, jest niezbędna dla zapewnienia bezpieczeństwa całego KSE. O każdym postoju bloków zamawiającego decyduje, odpowiadający za cały KSE, Operator Systemu Przesyłowego – PSE Operator S.A. Zamawiający nie może zatem dowolnie odstawiać bloków, poza okresami zatwierdzonymi przez PSE Operator S.A. Niezależnie od bezpieczeństwa KSE, każdy dzień postoju bloków to duże straty finansowe zamawiającego, na które – bez szczególnie uzasadnionej przyczyny – zamawiający nie może sobie pozwolić.

W poz. 63 Harmonogramu Realizacji Przedmiotu Umowy, wykonawca założył termin 25 kwietnia 2013 r. dla zakończenia prób funkcjonalnych i zgłoszenia gotowości do Ruchu Próbnego. Tymczasem w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym zamawiający wyznaczył dla zakończenia prób funkcjonalnych i zgłoszenia gotowości do Ruchu Próbnego nieprzekraczalny termin 1 marca 2013 r. (poz. 12 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego).

W punkcie 64 Harmonogramu Realizacji Przedmiotu Umowy Wykonawca założył termin zakończenia Ruchu Próbnego 720 h na 26 maja 2013 r. W Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym zamawiający wyznaczył dla zakończenia Ruchu Próbnego nieprzekraczalny termin 30 marca 2013 r. (poz. 13 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego).

W poz. 65 Harmonogramu Realizacji Przedmiotu Umowy, wykonawca założył termin dla przekazania przedmiotu umowy do eksploatacji 10 czerwca 2013 r. W Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym zamawiający wyznaczył dla przekazania przedmiotu umowy do eksploatacji nieprzekraczalny termin 30 kwietnia 2013 r. (poz. 14 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego).

W poz. 66 Harmonogramu Realizacji Przedmiotu Umowy, wykonawca dla pomiaru letniego, nazwanego przez wykonawcę pomiarami gwarancyjnymi, założył termin 24 czerwca

2013 r. W Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym zamawiający wyznaczył nieprzekraczalny termin 12 czerwca 2013 r. (poz. 15 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego).

Gdyby zamawiający stwierdził, że wskazana przez odwołującego w Harmonogramie Realizacji Przedmiotu Umowy data realizacji określonego etapu jest jednostkowa, odosobniona, wówczas mogłaby się u niego zrodzić wątpliwość co do tego, czy data ta ma ona charakter omyłki. Skoro jednak, w czterech przypadkach, przy finalizacji wykonania przedmiotu zamówienia odwołujący ustala swoje terminy zakończenia poszczególnych etapów, zamawiający nie może tego przyjąć jako omyłki usuwalnej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający stwierdza, że były to zamierzone przez odwołującego niezgodności oferty z treścią specyfikacji, która to niezgodność – jeżeli zamawiający przeoczy, stanie się integralną częścią umowy przez fakt, że Harmonogram Realizacji Przedmiotu Umowy stanie się załącznikiem nr 4 do umowy.

Wszelkie treści zawarte w Harmonogramie Realizacji Przedmiotu Umowy są oświadczeniami woli odwołującego, a jako takie nie podlegają regule wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ponadto, wbrew twierdzeniom odwołującego, terminy określone przez zamawiającego w pkt 12-15 mają dla zamawiającego znaczenie zasadnicze, chociażby przez fakt obwarowania karami umownymi przekroczenia terminu zakończenia prób funkcjonalnych i rozpoczęcia Ruchu Próbnego (poz. 12 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego) oraz terminu przekazania przedmiotu umowy do eksploatacji (poz. 14 przywołanego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego).

Wydłużenia okresów realizacji etapów z poz. 12-15 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego stanowią nieusuwalne niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, skutkiem czego nie mogły być poprawione przez zamawiającego jako omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tak więc i każda z tych niezgodności łącznie i z osobna była podstawą do odrzucenia oferty odwołującego.

2. Niezgodności dotyczące części budowlanej Oferty

Zamawiający przyznaje, że – być może – nie wszystkie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji mają charakter nieusuwalny, ale wynikają one – zdaniem zamawiającego – z zamierzonego działania odwołującego.

W pierwszym z przypadków, dotyczącym wymaganych przez zamawiającego ekspertyz i badania istniejących gruntów w rejonie realizacji inwestycji (ryzyko gruntowe) odwołujący pominął, kopiując postanowienia Programu Funkcjonalno-Użytkowego, sformułowanie odnoszące się do oferowanej przez zamawiającego dokumentacji wykonanej przez ZUG Janusz Konarzewski, a wymuszające na wykonawcy wykonanie badań potwierdzających i uzupełniających do tej właśnie dokumentacji. Wskazuje to na celowe pominięcie tego

postanowienia, skoro w dalszej treści ponownie odwołujący powiela treść Programu Funkcjonalno-Użytkowego.

W przypadku ewidentnej zmiany przez odwołującego rodzaju wymaganej przez zamawiającego papy zgrzewalnej wierzchniego krycia modyfikowanej na włóknie poliestrowym, a więc papy nowej generacji, na papę zgrzewalną zwykłą stanowi zasadnicze odstępstwo od wymagań **specyfikacji**. Propozycja odwołującego, że szczegóły ewentualnych zmian w tym zakresie można będzie dokonywać w dalszych porozumieniach, nie może zasługiwać na uwzględnienie albowiem prowadziłyby do zmiany zakresu technicznego realizacji (rozwiązań technicznych wykonawcy), które to miały stać się załącznikiem 2 do umowy.

Podobnie, jak w pierwszym przypadku, odwołujący kopiując treść pkt 3.2.8 PFU pominął ostatnie zdanie, z którego wynika, że możliwość domagania się przez odwołującego kosztów związanych z odkryciem prac zakrytych jako robót dodatkowych dotyczy wyłącznie tych prac, których zakrycie nastąpiło po uprzednim spełnieniu przez wykonawcę warunku powiadomienia o tych pracach zamawiającego (pkt 3.1.1.1.39, str. 215 oferty). Zamawiający nie mógł inaczej ocenić tego pominięcia, niż jako zamierzone działanie odwołującego, mogące powodować na przyszłość wysuwanie nieuzasadnionych roszczeń finansowych wobec zamawiającego, także w przypadku zaniechania przez odwołującego obowiązku powiadamiania o takich pracach.

W odniesieniu do kwestii związanych z wymogami załącznika Nr A4 do specyfikacji, a dotyczącymi »Koncepcji zagospodarowania terenu« jest oczywistym i nie podlegającym jakimkolwiek interpretacjom, że zamawiający zażądał, aby wykonawcy podali powierzchnię (w jednostkach metrycznych) budowy obiektów, dróg, chodników i zieleni. Odwołujący, z całą pewnością, powierzchni tych nie podał i nie jest wystarczającym stwierdzenie odwołującego, że ten wymóg zamawiającego zastępuje graficzne ich określenie na rysunku »Koncepcja projektu zagospodarowania terenu«.

3. Niezgodności dotyczące części przeciwpożarowej oferty

Rozbieżności pomiędzy stanowiskiem zamawiającego i odwołującego w zakresie nie uwzględnienia przez odwołującego w ofercie uwarunkowań zawartych w pkt 2.6.5.12 i pkt 2.7.2.26 PFU być może dałyby się wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Z całą pewnością jednak, wątpliwości tych nie można byłoby wyjaśnić co do braku zobowiązania odwołującego w zakresie dostarczenia niezbędnego sprzętu gaśniczego (gaśnice, agregaty itp.). Wprawdzie w odwołaniu odwołujący podnosi, że zobowiązał się do wyspecyfikowania

podręcznego sprzętu gaśniczego na normatywne wyposażenie obiektu wraz z miejscami jego lokalizacji, nie jest to jednak równoznaczne z jego dostarczeniem.

Przywołane przez odwołującego »zabezpieczenia pasywne«, jakie ma zabezpieczyć, nie są jednak podręcznym sprzętem gaśniczym, który ma charakter urządzeń aktywnych. Zabezpieczenia pasywne to takie, które służą poprawie biernej ochrony przeciwpożarowej, jak np. ściany, ekrany i inne elementy statyczne. W tym stanie rzeczy zamawiający uważa, że odwołujący nie miał zamiaru wykonać zobowiązania polegającego na wyposażeniu obiektu w sprzęt gaśniczy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia:

- 1) art. 87 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień wątpliwości pojawiających się u zamawiającego,
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 Pzp – przez zaniechanie dokonania poprawień oferty oraz
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że treść oferty odpowiada treści specyfikacji
– nie zasługuje na uwzględnienie.

14 października 2011 r. zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ofertę odwołującego i zamawiający przedstawił zarzuty faktyczne odnoszące się do oferty odwołującego, który jako jedyny złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający wskazał na 12 odstępstw w ofercie odwołującego od postanowień specyfikacji. Jednak mimo przyznania

tych faktów odwołujący wskazuje, że – mimo obowiązku zamawiającego dokonania poprawień w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp – zamawiający nie dokonał tego.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający jest obowiązany dokonać poprawień omyłek w ofercie, jednak tylko wtedy, gdy zamawiający uzna uchybienia w ofercie za omyłki spełniające przesłanki określone w art. 87 ust. 2 Pzp, a więc jako oczywiste omyłki pisarskie (art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp), oczywiste omyłki rachunkowe (art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp) lub inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp).

W okolicznościach sprawy, postępowanie było prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem, odwołujący był świadomy terminowości przeprowadzenia robót i terminowości odstawień poszczególnych bloków elektrowni. Dlatego wprowadzenie do oferty (w Harmonogramie Realizacji Przedmiotu Umowy) dat z precyzyjnym uzasadnieniem oraz związanych ze sobą nie może być uznane za omyłkę, ale za świadome podanie przez odwołującego kwestionowanych terminów.

Skład orzekający Izby musi zająć takie stanowisko zwłaszcza, że odstępstwa w ofercie dotyczą kluczowych zagadnień wyznaczenia terminów odstawień bloków z dopuszczalnych przez zamawiającego 6 tygodni w specyfikacji do zaoferowanych przez odwołującego 9 tygodni w ofercie oraz przekroczenia terminów rozruchów próbnych od 12 do 56 dni i to w wielu miejscach oferty nie może być zakwalifikowane jako omyłki, których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Ponadto poprawa omyłek, aby była zakwalifikowana jako zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może wpływać na istotne zmiany w treści oferty w zakresie nie tylko ceny, ale także w zakresie terminów i to również terminów częściowych, a nie tylko terminu ostatecznego wykonania przedmiotu umowy oraz w zakresie wszystkich innych elementów, które zamawiający uzna za istotne, a zwłaszcza, które ujął w wymaganiach specyfikacji.

Ewentualne wyjaśnienia w tych kwestiach nie będą mogły być wzięte pod uwagę i zamawiający nie będzie mógł poprawić oferty w zakresie terminów, gdyż byłoby to działanie niezgodne z art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp i wykraczające poza dozwoleństwo uregulowane w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Skład orzekający Izby podkreśla, że unormowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest wyjątkiem wobec reguły niezmienności oferty po upływie terminu składania ofert i nie należy uregulowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp interpretować rozszerzająco.

W zakresie tzw. ryzyka gruntowego odwołujący zawarł w ofercie tylko ogólne stwierdzenie, że koszty te w całości obciążą odwołującego (str. 98 oferty), jednak odwołujący pominął odniesienie do szczegółowych wskazań zawartych w specyfikacji dotyczących kosztów przeprowadzenia badań potwierdzających i uzupełniających, co wobec

szczegółowości oświadczeń stron w tym zakresie, skład orzekający Izby musi uznać za zbyt ogólne niespełniające wymagań zamawiającego oraz niemogące podlegać poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Również i w tym przypadku – zdaniem skład orzekający Izby – żądanie wyjaśnień byłoby niedopuszczalne na podstawie przytoczonego art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp.

W punkcie 3.1.1.1.13.12.8 oferty »Wymagania dla architektury – Dachy« odwołujący podał »2x papa zgrzewalna«, natomiast w punkcie 2.7.2.12.9 »Wymagania dla architektury – Dachy« PFU zamawiający postawił wymóg »2x papa zgrzewalna (wierzchniego krycia modyfikowana na włókninie poliestrowej...)«. Stwierdzenie przytoczone częściowo z PFU, wobec innych, całkowitych przytoczeń z PFU – zdaniem składu orzekający Izby – nie daje możliwości zamawiający żądania wyjaśnień i dokonywania poprawienia omyłki w ofercie. W związku z tym zamawiający postąpił prawidłowo odrzucając ofertę odwołującego.

W punkcie 3.1.1.1.39 »Jakość wykonawstwa i materiałów« w tiret trzecim oferty odwołujący nie podał warunku, że rozliczenie robót związanych z odkryciem prac zakrytych, jako robót dodatkowych dotyczy tylko prac, których zakrycie nastąpiło po wcześniejszym spełnieniu warunku powiadomienia przez odwołującego – zgłoszenia do odbioru. Taki warunek powiadomienia został jednoznacznie zawarty w punkcie 3.2.8 »Jakość wykonawstwa i materiałów« tiret trzeci PFU.

Szczegółowe przytoczenie treści specyfikacji (PFU) i pominięcie niektórych fragmentów powoduje wrażenie, że odwołujący celowo przytoczył tylko niektóre części specyfikacji i dlatego u zamawiającego podstawnie mogły się nie rodzić wątpliwości, że odwołujący w rzeczywistości zamierza do czego innego niż oświadczył. Taki stan nie daje możliwości wystąpienia o wyjaśnienia, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, a także takie stwierdzenie nie daje – zdaniem skład orzekający Izby – podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i wprowadzenia poprawek do oferty.

9. Wykonawca nie podał w ofercie danych o powierzchni zabudowy obiektów, dróg, chodników i zieleni, których zamawiający wymagał, zgodnie z załącznikiem Nr A 4 specyfikacji Część I – Instrukcja dla Wykonawców.

Taki stan sprawy nie daje możliwości wystąpienia o wyjaśnienia, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, a także takie stwierdzenie nie daje – zdaniem skład orzekający Izby – podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i wprowadzenia poprawek do oferty.

Wykonawca nie uwzględnił w ofercie uwarunkowań zawartych w punkcie 2.6.5.12 podpunkt 4 PFU »Ochrona Przeciwożarowa« zobowiązującego wykonawcę do zapewnienia

oraz wykonania niezbędnych zabezpieczeń przeciwpożarowych dla poszczególnych odcinków procesu technologicznego, obiektów, urządzeń i instalacji, wynikających z obowiązujących przepisów i opracowanej wcześniej koncepcji.

Taki stan sprawy nie daje możliwości wystąpienia o wyjaśnienia, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, a także takie stwierdzenie nie daje – zdaniem skład orzekający Izby – podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i wprowadzenia poprawek do oferty.

Odwołujący nie zawarł w swojej ofercie zobowiązania do dostarczenia niezbędnego sprzętu przeciwpożarowego (gaśnic, agregatów gaśniczych itp.) zgodnie z wymaganiami specyfikacji.

Zdaniem składu orzekającego Izby samo zobowiązanie się w ofercie odwołującego do wyspecyfikowania podręcznego sprzętu gaśniczego na normatywne wyposażenie obiektu wraz ze wskazaniem miejsc jego lokalizacji, nie jest to jednak równoznaczne z dostarczeniem na własny koszt tego sprzętu.

Taki stan sprawy nie daje możliwości wystąpienia o wyjaśnienia, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, a także takie stwierdzenie nie daje – zdaniem skład orzekający Izby – podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i wprowadzenia poprawek do oferty.

Brak szczegółowego rozwiązania doprowadzenia wody ppoż. (wykonanie sieci wody ppoż.) do obiektów, urządzeń i instalacji (zgodnie z punktem 2.7.2.26 PFU), a tylko obliczenie niezbędnej ilości wody do zewnętrznego gaszenia pożarów jest – zdaniem składu orzekającego Izby – niewystarczające i taki stan sprawy nie daje możliwości wystąpienia o wyjaśnienia, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, a także takie stwierdzenie nie daje – zdaniem skład orzekający Izby – podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i wprowadzenia poprawek do oferty.

Wobec powyższych stwierdzeń, skład orzekający Izby nie może się przychylić do zarzutów odwołującego i musi je oddalić.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....