

WYROK

z dnia 14 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2018 r. przez wykonawcę **ILF Consulting Engineers Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie LNG Spółkę Akcyjną z siedzibą w Świnoujściu**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Tractebel Engineering Spółka Akcyjna z siedzibą w Brukseli i Tractebel Engineering Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego ILF Consulting Engineers Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. Zasądza od odwołującego ILF Consulting Engineers Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz.1579 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 Szczecinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Polskie LNG Spółka Akcyjna z siedzibą w Świnoujściu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wybór doradcy technicznego dla inwestycji rozbudowy Terminalu LNG im. Prezydenta Lecha Kaczyńskiego w Świnoujściu”, znak postępowania: RZ/60/ZP/2018/PLNG. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 sierpnia 2018 r., pod numerem 2018/S 160-367433.

W dniu 30 listopada 2018 r. wykonawca ILF Consulting Engineers Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego wskazanych poniżej oraz zarzucając Zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowego badania i oceny ofert, co miało wpływ na wynik Postępowania;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez poprawienie w ofercie konsorcjum Tractebel Engineering S.A. z siedzibą w Brukseli oraz Tractebel Engineering S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Konsorcjum” lub „Konsorcjum Tractebel”) rzekomej oczywistej omyłki rachunkowej, podczas gdy oferta Konsorcjum Tractebel powinna zostać odrzucona, zaś to Konsorcjum wykluczone z Postępowania;
3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieuprawnionej zmiany treści oferty Konsorcjum polegającej na zmianie ceny jednostkowej za jeden (1) tydzień zawieszenia realizacji Usług;
4. art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp poprzez poprawienie w ofercie Konsorcjum Tractebel rzekomej oczywistej omyłki rachunkowej, mimo że błąd w ofercie Konsorcjum nie jest oczywistą omyłką rachunkową i nie może zostać konwalidowany przez Zamawiającego;
5. art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum, mimo że podlega ona odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny;
6. art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Konsorcjum z Postępowania, mimo że Konsorcjum nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w Sekcji III. 1 3) 1 d) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziału IX Punkt 3 d) SIWZ;

7. art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Konsorcjum Tractebel z Postępowania, mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego niedbalstwa lub rażącego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w Sekcji Ili. 1 3) 1 d) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziału IX Punkt 3 d) SIWZ; ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Konsorcjum Tractebel z Postępowania, mimo że Konsorcjum w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które to informacje miały wpływ na decyzję Zamawiającego o wyborze oferty Konsorcjum Tractebel jako oferty najkorzystniejszej;
8. ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niewezwanie Konsorcjum Tractebel do uzupełnienia oferty w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w Sekcji III. 1 3) 1 d) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziału IX Punkt 3 d) SIWZ.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
2. odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, jak również wykluczenie Konsorcjum z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, ewentualnie wykluczenie Konsorcjum z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp,
3. dokonanie wyboru oferty ILF jako oferty najkorzystniejszej,
4. ewentualnie, na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie potwierdziły się żadne inne podniesione w odwołaniu zarzuty, poza zarzutem niespełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w Sekcji III. 1 3) 1 d) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziału IX Punkt 3 d) SIWZ, i możliwe jest wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie oceny badania ofert oraz wezwanie Konsorcjum Tractebel do uzupełnienia wykazania spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia bowiem Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami prawa dokonał wyboru oferty Konsorcjum Tractebel jako oferty najkorzystniejszej

w postępowaniu, a w konsekwencji uniemożliwił wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum Tractebel powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego jako oferta, która zawiera błąd w obliczeniu ceny i której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Zgodnie z Rozdziałem XIX SIWZ cena stanowiła w Postępowaniu jedyne kryterium oceny ofert (100 %). W punkcie 5 Formularza „Oferta”, stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców podania następujących kwot:

1. Ceny realizacji przedmiotu zamówienia netto / brutto (A1), oraz
2. Ceny netto jednostkowej zawieszenia Usług na 1 tydzień, oraz
3. Ceny netto/brutto za 52 tygodnie zawieszenia Usług (B1), oraz
4. Ceny całkowitej brutto oferty (C).

Cena brutto za 52 tygodnie zawieszenia Usług (B1) nie mogła wynosić mniej niż 5 % i nie więcej niż 10 % ceny realizacji przedmiotu zamówienia brutto (A1).

Cena całkowita brutto oferty (C) miała zostać wyliczona jako suma ceny realizacji przedmiotu zamówienia brutto (A1) oraz ceny brutto za 52 tygodnie zawieszenia Usług (B1).

Dodatkowo z treści Wzoru Umowy - Załącznika nr 3 do SIWZ - wynikał sposób zapłaty wykonawcy wynagrodzenia w przypadku zawieszenia i ponownego podjęcia wykonywania Usług.

Punkt 10.4.4 pierwotnej wersji Wzoru Umowy stanowił, że: „Zamawiający zwróci Doradcy Technicznemu uzasadnione i należycie udokumentowane koszty wynikające z zawieszenia i ponownego podjęcia wykonywania Usług, zestawienie ww. kosztów wymaga akceptacji Zamawiającego, z tym zastrzeżeniem, że ich wysokość nie przekroczy [1 Oj % Wynagrodzenia.”

Punkt 10.4.4. Wzoru Umowy został zmieniony przez Zamawiającego w dniu 4 października 2018 r., w ten sposób, że jego treść stała się spójna z Formularzem „Oferta”, w którym Zamawiający oczekiwał podania ceny jednostkowej zawieszenia realizacji Usług za jeden (1) tydzień.

Punkt 10.4.4. Wzoru Umowy otrzymał następujące brzmienie: „Zamawiający zwróci Doradcy Technicznemu zryczałtowane koszty wynikające z zawieszenia i ponownego podjęcia wykonywanych Usług za każdy rozpoczęty tydzień według stawki netto określonej formularzu ofertowym (Załącznik 2 do SIWZ pozycja „B”) powiększonej o należny podatek VAT, na podstawie należycie wystawionej przez Doradcę Technicznego faktury VAT doręczonej Zamawiającemu z terminem płatności takim jak przewidziany w Umowie dla płatności każdej z części Wynagrodzenia.”

Mając na uwadze zarówno treść Formularza „Oferta”, jak i treść Wzoru Umowy, Odwołujący wskazał, że było dla niego oczywiste, że cena za 52 tygodnie zawieszenia Usług powinna stanowić iloczyn ceny jednostkowej zawieszenia Usług za jeden (1) tydzień i liczby 52, która stanowi maksymalny możliwy termin zawieszenia realizacji Usług. W przypadku zawieszenia realizacji Usług Wykonawcy będzie przysługiwała taka sama kwota wynagrodzenia za każdy tydzień zawieszenia.

Zdaniem Odwołującego każdy inny sposób wyliczenia ceny za 52 tygodnie zawieszenia Usług musi zostać uznany za niezgodny z treścią SIWZ, w tym podanie stawki za 1 tydzień zawieszenia realizacji Usług, której iloczyn nie stanowi ceny za 52 tygodnie zawieszenia realizacji Usług, podanej w punkcie B1 Formularza „Oferta”. Pomimo określenia w sposób precyzyjny zasad wyliczenia ceny, zawartych w SIWZ, Konsorcjum w złożonej przez siebie ofercie podało następujące ceny (przy czym ceny brutto i netto były w ofercie Konsorcjum takie same z uwagi na 0 % podatek VAT - mechanizm odwrotnego obciążenia):

1. Cena za realizację przedmiotu zamówienia brutto (A1) - 6 548 900,00 PLN
2. Cena netto jednostkowa zawieszenia Usług na jeden (1) tydzień - 81 860,00 PLN
3. Cena netto za 52 tygodnie zawieszenia Usług (B1) - 327 450,00 PLN
4. Cena całkowita brutto oferty (C) - suma A1 + B1 - 6 876 350,00 PLN

Zaoferowana przez Konsorcjum Tractebel cena jednostkowa zawieszenia Usług za 1 tydzień zawieszenia nie odpowiadała cenie za 52 tygodnie zawieszenia realizacji Usług.

Po przemnożeniu ceny jednostkowej zawieszenia Usług przez tygodnie zawieszenia okazuje się, że już cena za 5 tygodni zawieszenia realizacji Usług wynosi 409 300 PLN, czyli przekracza cenę wskazaną przez Konsorcjum za 52 tygodnie zawieszenia realizacji Usług, która wynosi 327 450,00 PLN. Cena za 51 tygodni zawieszenia Usług, to aż 4 174 860,00 PLN. Taki sposób wyliczenia ceny ofertowej stoi, zdaniem Odwołującego, w sprzeczności z wymogami SIWZ. Oferty miały konkurować ceną całkowitą brutto oferty, która to cena jest ceną maksymalną, w przypadku gdyby Zamawiający skorzystał z opcji zawieszenia Usług na maksymalny okres przewidziany Umową. Zgodnie ze wskazanym w SIWZ sposobem wyliczenia ceny i ceną jednostkową zawieszenia Usług za 1 tydzień podaną przez Konsorcjum, cenę całkowitą, tj. 6 876 350,00 PLN należałoby powiększyć dodatkowo o kwotę 3 929 270,00 PLN, co w sumie daje cenę ofertową w wysokości 10 805 620,00 PLN.

W takim przypadku złożone w postępowaniu oferty przestają być porównywalne, tj. oferta Konsorcjum Tractebel nie może zostać porównana z innymi ofertami złożonymi w Postępowaniu, oferta Konsorcjum przestaje być ofertą najkorzystniejszą i przekracza budżet Zamawiającego przeznaczony na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że być może, uwadze Konsorcjum umknęła zmiana Punktu 10.4.4. Wzoru Umowy, zgodnie z którą Zamawiający zwróci Doradcy Technicznemu zryczałtowane koszty wynikające z zawieszenia i ponownego podjęcia wykonywanych Usług

za każdy rozpoczęty tydzień według stawki netto określonej formularzu ofertowym (Załącznik 2 do SIWZ pozycja B1 powiększonej o należny podatek VAT(...).”

Ze zmienionej treści Punktu 10.4.4 jasno wynika, że stawka za każdy tydzień opóźnienia musi być taka sama. Nie sposób bowiem przyjąć, aby racjonalnie działający Zamawiający zamierzał zapłacić wykonawcy realizującemu zamówienie o wiele większą kwotę za 51 tygodni zawieszenia realizacji Usług (tj. 4 174 860 PLN - zgodnie z ofertą Konsorcjum), niż za 52 tygodnie zawieszenia realizacji Usług (tj. 327 450,00 PLN - zgodnie z ofertą Konsorcjum).

Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że cena za zawieszenie realizacji Usługi została wyliczona w taki sposób celowo, aby oferta Konsorcjum Tractebel była jak najbardziej konkurencyjna w zakresie zawieszenia realizacji Usługi na 52 tygodnie, gdyż cena za 52 tygodnie zawieszenia była składową ceny całkowitej brutto oferty. Jednocześnie Konsorcjum podało inną, bardzo wysoką jednostkową stawkę za 1 tydzień zawieszenia, aby otrzymać od Zamawiającego jak najwyższe wynagrodzenie w przypadku krótszego okresu zawieszenia realizacji Usług.

Bez względu jednak na motywy działania Konsorcjum Tractebel wyliczona przez Konsorcjum cena zawiera zdaniem Odwołującego błąd, którego nie można poprawić i który stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp. Odwołujący przywołał w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w następujących wyrokach: w wyroku z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 485/18, w wyroku z dnia 9 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 2957/13, w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. sygn. akt KIO 2647/12, w wyroku z dnia 16 maja 2013 r. sygn. akt KIO 990/13, zgodnie z którym błąd w obliczeniu powstaje m.in. wówczas, gdy cena została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem obliczenia ceny określonym przez Zamawiającego w SIWZ. W ocenie Odwołującego taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowej sprawie. W konsekwencji, mimo konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum Tractebel jako niezgodnej z treścią SIWZ i zawierającej błąd w obliczeniu ceny Zamawiający pismem z dnia 8 listopada 2018 r. nr PLNG/PO/AK/1139/2018 poinformował Konsorcjum Tractebel o poprawieniu w jego ofercie oczywistej omyłki rachunkowej.

Zamawiający poprawił ofertę Konsorcjum w ten sposób, że podzielił podaną przez Konsorcjum Tractebel cenę brutto za 52 tygodnie zawieszenia Usług przez 52 tygodnie zawieszenia i otrzymaną w ten sposób zupełnie nową cenę jednostkową zawieszenia Usług za 1 tydzień w wysokości 6 297,12 PLN wpisał do oferty Konsorcjum Tractebel. Poprzednia cena jednostkowa za 1 tydzień zawieszenia Usług wynosiła 81 860,00 PLN.

Działanie Zamawiającego jest zdaniem Odwołującego nieuprawnioną próbą konwalidacji oferty Konsorcjum. Niemożliwe jest przyjęcie, że sposób wyliczenia ceny

zawieszenia realizacji Usług przez Konsorcjum stanowi oczywistą omyłkę rachunkową, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Po pierwsze, za omyłkę może zostać uznana jedynie drobna wada, niedokładność, która nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty. Omyłka nie może stanowić świadomego działania wykonawcy co do sposobu przygotowania oferty i jej treści.

Po drugie, omyłka musi być oczywista - czyli nie może istnieć wątpliwość co do sposobu, w jaki należy ją poprawić.

Po trzecie, żeby możliwe było rozważanie, czy wada w ofercie Konsorcjum jest omyłką rachunkową musiałaby występować w ofercie Konsorcjum błędna operacja rachunkowa na liczbach.

Błędowi w ofercie Konsorcjum Tractebel nie można przypisać żadnej z trzech wymienionych wyżej cech omyłki. Nie można uznać za oczywistą omyłkę błędu popełnionego przez Konsorcjum w ofercie, gdyż nie istnieje jeden oczywisty i automatyczny sposób poprawienia tego błędu. Skoro Zamawiający wymagał w SIWZ podania ceny jednostkowej za 1 tydzień zawieszenia realizacji Usług i Konsorcjum Tractebel taką cenę jednostkową podało, a cena za 52 tygodnie zawieszenia realizacji Usługi nie stanowi iloczynu ceny jednostkowej i 52 tygodni zawieszenia to wydawałoby się, że oczywistym sposobem poprawy rzekomej oczywistej omyłki rachunkowej będzie ponowne pomnożenie ceny jednostkowej i liczby 52.

Tymczasem Zamawiający poprawiając ofertę Konsorcjum Tractebeli dokonał działania odwrotnego. Zamiast mnożenia Zamawiający podzielił podaną przez Konsorcjum cenę brutto za 52 tygodnie zawieszenia Usług, tj. kwotę 327 450,00 PLN podzielił przez 52 tygodnie zawieszenia i otrzymaną w ten sposób cenę jednostkową zawieszenia Usług za 1 tydzień w wysokości 6 297,12 PLN wpisał do oferty Konsorcjum Tractebel. Zamawiający dokonał takiego działania celowo, aby konwalidować ofertę złożoną przez Konsorcjum, bowiem zgodnie z wytycznymi SIWZ, cena brutto za 52 tygodnie zawieszenia Usług nie mogła wynosić mniej niż 5 % i nie więcej niż 10 % ceny realizacji przedmiotu zamówienia brutto. Gdyby Zamawiający pomnożył podaną przez Konsorcjum stawkę jednostkową wskazaną za 1 tydzień zawieszenia przez 52 tygodnie, osiągnięty wynik - kwota 4 256 720 PLN dyskwalifikowałaby ofertę Tractebel (dając prawie 65 % ceny realizacji przedmiotu zamówienia), czego Zamawiający chciał uniknąć.

Nie ma więc pewności, zdaniem Odwołującego, jakie „oczywiste” działanie matematyczne należałoby wykonać, aby poprawić rzekomą omyłkę rachunkową w ofercie Konsorcjum. A, jak orzekła KIO w wyroku z dnia 25 czerwca 2013 r., sygn.. akt KIO 1331/13 „(...) skoro nie można w sposób niebudzący wątpliwości ustalić jednego sposobu poprawienia omyłki, to nie można uznać jej za nieistotną zmianę treści oferty. (...) Możliwość

otrzymania różnych wyników dyskwalifikuje możliwość poprawienia oferty przystępującego wykonawcy."

W konsekwencji, nie można zdaniem Odwołującego stwierdzić błędnej operacji rachunkowej na liczbach - co jest immanentną cechą omyłki rachunkowej. Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych „Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu". W stanie faktycznym w niniejszym Postępowaniu ofertę Konsorcjum można „poprawiać” na różne sposoby - np. dokonując wskazanego wyżej mnożenia albo dzielenia. Skoro nie wiadomo, które działanie miałyby zostać przeprowadzone, nie jest możliwe prześledzenie, czy zostało ono wykonane poprawnie i tym samym nie ma możliwości poprawienia oferty złożonej przez Konsorcjum. Nieuprawniona byłaby argumentacja Zamawiającego, że konieczne stało się podzielenie ceny za 52 tygodnie zawieszenia Usług przez 52, bo cena za 52 tygodnie zawieszenia realizacji Usług była zgodna z SIWZ (stanowiła nie mniej niż 5 % i nie więcej niż 10 % ceny realizacji przedmiotu zamówienia brutto).

Zgodnie z Sekcją III. 1 3) 1 d) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdziałem IX Punkt 3 d) SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia w okresie ostatnich dziesięciu (10) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedno (1) zamówienie, polegające na świadczeniu usług projektowych lub doradztwa technicznego dla przedsięwzięcia obejmującego rozbudowę lub remont działającego terminalu LNG (skraplającego lub regazyfikacyjnego), wymagający zasadniczej ingerencji w urządzenia kluczowe, przez co Zamawiający rozumie demontaż lub montaż pomp LNG, montaż lub demontaż regazyfikatorów lub wykonanie nowych włączeń w działające rurociągi kriogeniczne o średnicy co najmniej DN 200, przy czym zamówienie to musiało obejmować co najmniej przygotowanie dokumentacji FEED lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlano - montażowych lub projektu wykonawczego, przy czym przedsięwzięcie rozbudowy lub remontu zostało zakończone, tj. odebrane przez zamawiającego (dalej „Warunek”).

Podmioty wchodzące w skład Konsorcjum są profesjonalistami, od których należy wymagać podwyższonego standardu wykonywania działalności gospodarczej. Konsorcjum powinno więc dołożyć wszelkich starań, aby jego oferta była prawidłowo złożona, w tym zawierała prawidłowo dokonaną kalkulację ceny (wyrok KIO z 28 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 317/18). Ponadto, jak wskazała Izba w wyroku z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2753/12 „Zamawiający nie może poprawiać wszelkich niezgodności oferty z treścią SIWZ, powołując się na fakt, że w formularzu ofertowym złożono oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ i związaniu jej postanowieniami. (...) możliwość poprawienia omyłek w ofercie

nie może być utożsamiana z dostosowaniem w każdym zakresie oferty do wymogów SIWZ' - a z taką sytuacją mamy w ocenie Odwołującego do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Oferty Konsorcjum nie można więc w świetle ustawy Pzp konwalidować. Dokonana przez Zamawiającego korekta nie ma też drobnego charakteru, wprost przeciwnie, jest istotna i prowadzi do powstania nowego oświadczenia woli Konsorcjum, co jest niedopuszczalne na gruncie prawa zamówień publicznych - np. wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1341/13, Wyrok TSUE z 11 maja 2017 r. C-131/16.

Podjęta przez Zamawiającego próba polegająca na poprawie rzekomej oczywistej omyłki rachunkowej prowadzi do naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców oraz narusza zasadę przejrzystości Postępowania.

Ponadto Konsorcjum Tractebel powinno zostać wykluczone przez Zamawiającego z Postępowania z uwagi na niespełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Sekcja III. 1 3) 1 d) ogłoszenia o zamówieniu i Rozdział IX Punkt 3 d) SIWZ oraz z uwagi na fakt, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia wskazany wyżej warunek udziału w Postępowaniu. W dniu 28 września 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców (pytanie 94), który wnioskował o złagodzenie Warunku, w ten sposób, aby wystarczające było aby na podstawie przygotowanej dokumentacji FEED co najmniej przystąpiono do realizacji inwestycji. Zamawiający nie wyraził jednak zgody na zmianę Warunku. W ocenie Zamawiającego Warunek był adekwatny do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem dotyczącym rozbudowy terminali LNG. Na potwierdzenie Warunku Konsorcjum Tractebel złożyło na wezwanie Zamawiającego wykaz zawierający doświadczenie zawodowe (dalej: „Wykaz”), w którym potwierdziło spełnienie Warunku również w zakresie, że przedsięwzięcie rozbudowy lub remontu, dla którego realizował studium wykonalności i dokumentację FEED zostało zakończone, tj. odebrane przez Zamawiającego. Inwestycja, którą Konsorcjum wskazało na potwierdzenie spełnienia Warunku miała zostać zrealizowana na rzecz tureckiej spółki skarbu państwa Botaę Petroleum Pipeline Corporation z siedzibą w Ankarze i dotyczyła rozbudowy terminalu Marmara Ereğlisi LNG Terminal o czwarty naziemny zbiornik magazynowy gazu LNG oraz zwiększenie możliwości regazyfikacyjnych terminalu. Wykonanie zamówienia zostało potwierdzone załączoną do oferty referencją wystawioną przez Botaę, z której wynika m.in. wykonanie studium wykonalności oraz dokumentacji FEED. Członek Konsorcjum Tractebel Engineering S.A. z siedzibą w Brukseli zakończył prace nad opracowywaniem dokumentacji w lutym 2014 r. Referencja nie potwierdza jednak, czy przedsięwzięcie, którego dotyczyło studium wykonalności i dokumentacja FEED zostało

zakończone, tj. odebrane przez Zamawiającego, jak wymagał tego Zamawiający w Warunku. Referencja nie potwierdza również, czy realizacja takiego przedsięwzięcia w ogóle się rozpoczęła. W dostępnych materiałach i artykułach internetowych znaleźć można informacje, że zamawiający Botaę od 2014 r. zmieniał planowany zakres rozbudowy terminalu Marmara Ereğlisi LNG Terminal. W 2016 r. Botaę ogłosił przetarg na generalnego wykonawcę inwestycji ograniczając zakres prac jedynie do zwiększenia zdolności regazyfikacyjnych i decydując jednocześnie o zaniechaniu budowy czwartego zbiornika magazynowego. Dokumentacja przetargowa z 2016 roku na rozbudowę terminalu, mówi o jego ówczesnej przepustowości (możliwości regazyfikacji) na poziomie 6 mld m³ gazu rocznie. Aktualnie na oficjalnej stronie firmy Botaş, dotyczącej terminalu Marmara Ereğlisi LNG Terminal (<https://lnqebt.botas.gov.tr/>) widnieje również informacja o jego przepustowości wynoszącej 6 mld m³ gazu na rok. Wynika z tego, że od czasu ogłoszenia przetargu do dzisiaj przepustowość ta nie została zwiększona, a tym samym prace nie zostały wykonane i tym odebrane. Niezależnie od tego, że prace nie zostały zakończone, mając jednocześnie na uwadze zmianę zakresu rozbudowy przedmiotowego terminalu, można mieć wątpliwość, czy prace (nawet jeśli są realizowane), bazują na dokumentacji przygotowanej wcześniej przez Konsorcjum.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum Tractebel z Postępowania z uwagi na niespełnianie Warunku udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, gdyż w ocenie Odwołującego Tractebel, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia wskazany wyżej Warunek. Nie sposób bowiem przyjąć, aby Konsorcjum, w skład którego wchodziły profesjonalne podmioty prowadzące działalność gospodarczą, nie posiadało wiedzy, że inwestycja dla której jeden z członków Konsorcjum przygotowywał studium wykonalności i dokumentację FEED nie została zrealizowana. Gdyby jednak nawet przyjąć, że Konsorcjum Tractebel nie posiadało takiej wiedzy, nie ulega wątpliwości, że jako profesjonalista był w obowiązku zweryfikować, czy na pewno spełnia Warunek udziału w Postępowaniu. Brak takiej weryfikacji przed złożeniem oferty stanowi rażące niedbalstwo ze strony tego wykonawcy.

W tym zakresie wypowiedziała się KIO, m.in. w wyroku z dnia 12 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 618/17: „Nie można inaczej niż co najmniej jako rażące niedbalstwo wykonawcy ocenić sytuacji, w której osoby działające w imieniu dwóch spółek podpisują w ich imieniu oświadczenia bez ich jakiegokolwiek weryfikacji, a wręcz wbrew podstawowej wiedzy, którą powinny posiadać reprezentując spółkę. Należy to uznać co najmniej za kwalifikowaną postać niedbalstwa, znacznie dalej idącą niż zwykły brak staranności.” Podobnie KIO w wyroku z dnia 14 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO1085/17: „Okres

przeznaczony na opracowanie oferty, czyli okres od opublikowania lub zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu do upływu terminu składania ofert powinien być wykorzystany przez wykonawcę nie tylko do sporządzenia i złożenia oferty, ale także na sprawdzeniu czy podane w ofercie informacje odpowiadają prawdzie i nie będą mogły wprowadzić zamawiającego w błąd w zakresie mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Potwierdzając spełnianie Warunku bez dogłębnej weryfikacji, Konsorcjum dopuściło się więc co najmniej rażącego niedbalstwa (jeśli nie było to działanie celowe), czyli nie zachowało minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego działania w danej sytuacji.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 9 lutego 2018 r. o sygn. akt KIO 161/18: „(...) w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.” Podobnie wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 836/17.

Na skutek potwierdzenia przez Konsorcjum spełniania Warunku Zamawiający został wprowadzony w błąd, gdyż oferta Konsorcjum została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Nie może być więc wątpliwości, że udostępniona przez Konsorcjum informacja miała istotny wpływ na wynik Postępowania. W konsekwencji Konsorcjum powinno zostać wykluczone z Postępowania, gdyż „Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania” - tak wyrok KIO z dnia 2 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 113/18.

Ewentualnie, gdyby KIO uznała, że w niniejszym stanie faktycznym nie zostały spełnione kwalifikowane przesłanki wprowadzenia Zamawiającego w błąd wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, Odwołujący wnosi o wykluczenie Konsorcjum z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, że Konsorcjum Tractebel w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd (tj. załączone do oferty informacje dotyczące spełnienia przez Konsorcjum Warunku udziału w Postępowaniu), które miały istotny wpływ na decyzje

Zamawiającego w Postępowaniu, gdyż oferta Konsorcjum została uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W niniejszej sprawie brak jest podstaw do wzywania Konsorcjum Tractebel do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia Warunku poprzez wykazanie się innym doświadczeniem. Po pierwsze art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie obejmuje swoim zakresem przypadków wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp. Po drugie, nawet gdyby Izba uznała, że w stosunku do Konsorcjum nie zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16) albo pkt 17) ustawy Pzp, Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum Tractebel było już wzywane przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia Warunku. Pismem z dnia 8 listopada 2018 r. nr PLNG/PO/AK/1140/2018 Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum do uzupełnienia informacji w Wykazie, gdyż Konsorcjum nie oświadczyło, czy zamówienie wskazane na potwierdzenie spełniania Warunku dotyczyło przedsięwzięcia obejmującego rozbudowę (należało zakreślić TAK/NIE) lub remont (należało zakreślić TAK/NIE) działającego terminalu LNG (skraplającego lub regazyfikacyjnego) (należało zakreślić TAK/NIE). Oprócz wezwania do uzupełnienia Wykazu Zamawiający wezwał Konsorcjum do wykazania innego doświadczenia w zakresie spełniania Warunku oraz do przedstawienia dowodów potwierdzających, że usługa została wykonana należycie, w przypadku gdyby zadanie wskazane w Wykazie nie obejmowało rozbudowy lub remontu działającego terminalu LNG (skraplającego lub regazyfikacyjnego). Mając na uwadze powyższe, Odwołujący ewentualnie wnosi o unieważnienie oceny i badania ofert i nakazanie Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum Tractebel do uzupełnienia wykazania spełnienia Warunku. Odwołujący wnosi o powyższe jedynie z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek, gdyby KIO uznała, że nie potwierdziły się żadne inne podniesione w niniejszym odwołaniu zarzuty, poza zarzutem niespełnienia przez Konsorcjum Warunku, i jednocześnie w ocenie KIO możliwe byłoby wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 10 grudnia 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, domagając się oddalenia odwołania w całości.

Przystępujący złożył pismo procesowe z dnia 10 grudnia 2018 r. domagając się oddalenia odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

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

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Tractebel Engineering Spółkę Akcyjną z siedzibą w Brukseli i Tractebel Engineering Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach, przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Jak wynika z treści dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazali, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedno zamówienie polegające na świadczeniu usług projektowych lub doradztwa technicznego dla przedsięwzięcia obejmującego rozbudowę lub remont działającego terminalu LNG (skraplającego lub regazyfikacyjnego), wymagający zasadniczej ingerencji w urządzenia kluczowe, przez co Zamawiający rozumie demontaż lub montaż pomp LNG, montaż lub demontaż regazyfikatorów lub wykonanie nowych włączeń w działające rurociągi kriogeniczne o średnicy co najmniej DN 200, przy czym zamówienie to musiało obejmować co najmniej przygotowanie dokumentacji FEED lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlano-montażowych lub projektu wykonawczego, przy czym przedsięwzięcie rozbudowy lub remontu zostało zakończone, tj. odebrane przez zamawiającego (vide: rozdział IX pkt 3 d) SIWZ, str. 9)

W treści SIWZ Zamawiający wyjaśnił ponadto co rozumie pod pojęciem FEED, tj.: „Przez FEED (Front End Engineering Design) Zamawiający rozumie bazową dokumentację techniczną wykonaną po zakończeniu fazy koncepcyjnej lub studium wykonalności inwestycji w celu określenia wytycznych funkcjonalnych i technicznych dla kontrahenta EPC (Engineering Procurement and Construction), zawierającą niezbędne analizy techniczne, dzięki którym określone są rozwiązania techniczne i wytyczne do projektowania oraz określany jest szacunkowy budżet inwestycji.”

Ponadto jak wynika z treści rozdziału XIX pkt 1 SIWZ (str. 22) kryterium oceny ofert była: „C – „cena całkowita brutto oferty” – 100%”.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ „Formularz oferta”, cena za wykonanie przedmiotu zamówienia miała zostać zaprezentowana w następujący sposób:

„5. OFERUJEMY wykonanie przedmiotu Zamówienia za łączną cenę:

A.

Cena realizacji przedmiotu zamówienia netto

PLN powiększona o podatek VAT w wysokości ustawowej na dzień powstania obowiązku podatkowego, podatek ten na dzień składania ofert wynosi %.

(A1) Cena realizacji przedmiotu zamówienia brutto, z uwzględnieniem stawki podatku VAT obowiązującej na dzień składania oferty, wynosi PLN.

OŚWIADCZAMY, że na całkowitą cenę netto wskazaną powyżej składają się usługa objęta przedmiotem zamówienia, zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zatytułowanym „Opis Przedmiotu Zamówienia - Zakres oraz warunki techniczne usługi” na warunkach określonych Załączniku nr 3 SIWZ (Wzór umowy).

B.

OŚWIADCZAMY, iż za jeden (1) tydzień (7 dni kalendarzowych) zawieszenia Usług zgodnie z pkt. 10 Wzoru umowy (Załącznik nr 3 SIWZ) Usług, cena wynosi:

Cena netto jednostkowa zawieszenia Usług na jeden (1) tydzień PLN

Cena netto za 52 tygodnie zawieszenia Usług PLN

powiększona o podatek VAT w wysokości ustawowej na dzień powstania obowiązku podatkowego, podatek ten na dzień składania ofert wynosi %.

(B1) Cena brutto za 52 tygodnie zawieszenia Usług , z uwzględnieniem stawki podatku VAT obowiązującej na dzień składania oferty, wynosi PLN.

Cena brutto za 52 tygodnie zawieszenia (B1) nie może wynosić mniej niż 5% i nie więcej niż 10 % ceny realizacji przedmiotu zamówienia brutto (A1).

C.

Cena całkowita brutto (C) wynosi (A1 + B1) PLN.”

Stosownie do brzmienia pkt 10.4.4. Wzoru umowy: „ZAMAWIAJĄCY zwróci DORADCY TECHNICZNEMU zryczałtowane koszty wynikające z zawieszenia i ponownego podjęcia wykonywania Usług za każdy rozpoczęty tydzień według stawki netto określonej w formularzu ofertowym (Załącznik 2 do SIWZ pozycja „B”) powiększonej o należny podatek

VAT, na podstawie należycie wystawionej przez DORADCĘ TECHNICZNEGO faktury VAT doręczonej ZAMAWIAJĄCEMU z terminem płatności takim jak przewidziany w Umowie dla płatności każdej z części Wynagrodzenia. ZAMAWIAJĄCY jest uprawniony do potrącenia z tych kwot swych należności, w tym nierozliczonych części udzielonej zaliczki.”

Zamawiający pismem z dnia 8 listopada 2018 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp m.in. do wyjaśnienia, czy zadanie wskazane w formularzu „Doświadczenie zawodowe”, w celu wykazania spełniania warunku w postępowaniu opisanego w Rozdziale IX ust. 3 lid d) SIWZ dotyczyło „przedsięwzięcia obejmującego rozbudowę (TAK/NIE) lub remont (TAK/NIE) działającego terminalu LNG (Skraplającego lub regazyfikacyjnego) (TAK/NIE)”. W przypadku, gdyby ww. zadanie nie obejmowało rozbudowy lub remontu działającego terminalu LNG (skraplającego lub regazyfikacyjnego), zamawiający wezwał do uzupełnienia wykazu usług w zakresie warunku wskazanego w Rozdziale IX ust. 3 lid d) SIWZ.

Z treści oferty Przystępującego (uwzględniając wyjaśnienia udzielone pismem z dnia 15 listopada 2018 r., w odpowiedzi na powyższe wezwanie) wynika, że w formularzu „Doświadczenie zawodowe”, w celu wykazania spełniania warunku w postępowaniu opisanego w Rozdziale IX ust. 3 lid d) SIWZ wskazał on Rozbudowę istniejącego Terminalu LNG o dodatkową pojemność/zwiększenie wysyłki gazu, polegające na: świadczeniu usług projektowych lub doradztwa technicznego dla przedsięwzięcia obejmującego rozbudowę lub remont działającego terminalu LNG (skraplającego lub regazyfikacyjnego), wymagającej zasadniczej ingerencji w urządzenia kluczowe: demontaż lub montaż pomp LNG, montaż lub demontaż regazyfikatorów, wykonanie nowych włączeń w działające rurociągi kriogeniczne o średnicy co najmniej DN 200, przygotowanie dokumentacji FEED, przygotowanie specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlano - montażowych, bez przygotowania projektu wykonawczego oraz przedsięwzięcie rozbudowy lub remontu zostało zakończone tj. odebrane przez zamawiającego.

W celu potwierdzenia, że powyższe usługi zostały wykonane należycie, Przystępujący załączył aktualne świadectwo ukończenia, z którego wynika, że zakres prac obejmował dokumentację FEED i studium wykonalności, wraz z podaniem ich zakresu. Zostały też wskazane główne nowe prace.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu, z następujących powodów.

Jak wynika z treści SIWZ w rozdziale XVIII opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający nie wskazał, jak należy wyliczyć cenę oferty. Natomiast z formularza oferty

wynika sposób zaprezentowania ceny oferty, w rozbiciu na poszczególne ceny. Mając na uwadze ten sposób zaprezentowania ceny, nasuwa się wniosek, że wykonawcy w pierwszej kolejności mieli wycenić cenę realizacji przedmiotu zamówienia, a następnie wyliczyć cenę za 52 tygodnie zawieszenia usług, w taki sposób aby mieściła się ona w podanych przez Zamawiającego widełkach. Zatem okoliczności wskazują, że w pierwszej kolejności należało ustalić cenę za 52 tygodnie zawieszenia usług, w taki sposób, aby cena ta odpowiadała wymaganiom Zamawiającego wskazanym w treści SIWZ. Strony nie kwestionowały, że podana przez Przystępującego cena za 52 tygodnie zawieszenia usług jest ceną podaną w sposób prawidłowy, gdyż wpisuje się w podany przez Zamawiającego przedział procentowy. Nie budzi też wątpliwości, że cena za realizację przedmiotu zamówienia została podana w sposób prawidłowy – Odwołujący tej ceny nie kwestionuje. Następnie nie ma zastrzeżeń co do tego, że cena oferty, co do której Zamawiający przesądził, że ma stanowić sumę ceny za realizację przedmiotu umowy i ceny za 52 tygodnie zawieszenia, również została wyliczona prawidłowo – jest ona sumą ww. wskazanych cen. W ocenie Izby, mając na uwadze sposób, w jaki należało zaprezentować cenę w formularzu oferty, cena za 1 tydzień zawieszenia usług jest „efektem końcowym”, a nie „punktem wyjścia”.

Ponadto należy mieć na uwadze, że celem poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy jest za każdym razem – w zależności od charakteru stwierdzonej omyłki – doprowadzenie do zgodności treści tej oferty z treścią SIWZ albo eliminacja omyłek rachunkowych czy pisarskich, a nie doprowadzenie do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, czy do błędu w obliczeniu ceny albo innej nieprawidłowości dyskwalifikującej ofertę z postępowania. Dodatkowo nie ulega wątpliwości, że każdy wykonawca składając ofertę w postępowaniu kieruje się wytycznymi zawartymi w SIWZ i również nie sposób tego odmówić Przystępującemu, skoro cena za 52 tygodnie zawieszenia usług jest podana prawidłowo, gdyż mieści się w przedziale procentowym ustanowionym przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że oferta mogłaby być poprawiona w zaprezentowany przez niego sposób, skoro wówczas nie zostałyby spełnionej cel poprawienia zaistniałej omyłki, ponieważ jak sam Odwołujący wskazał – oferta musiałaby zostać odrzucona, czy to ze względu na błąd w obliczeniu ceny, czy też z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Dodatkową okolicznością potwierdzającą prawidłowość działań Zamawiającego jest również fakt, że przed poprawieniem ceny za 1 tydzień oferta Przystępującego w tym zakresie znacząca odbiegała od cen zaprezentowanych w innych ofertach, podczas gdy wszystkie inne ceny w porównaniu do cen z innych złożonych w tym postępowaniu ofert są na podobnym poziomie cenowym. W tym również przejawiała się oczywistość tej omyłki, widoczna na „pierwszy rzut oka”. Ponadto nie sposób pominąć, że cena za 1 tydzień zawieszenia miała w okolicznościach przedmiotowej sprawy niewielkie znaczenie.

Zamawiający odwołał się do tej ceny tylko w treści postanowienia 10.4.4. Wzoru umowy. Nie sposób również nie zgodzić się z tym, że w sytuacji gdyby Przystępujący w ogóle nie podał tej ceny – Zamawiający miał by wszystkie dane do jej wyliczenia i taką omyłkę w łatwy sposób można by poprawić poprzez wykonanie dokładnie tego samego działania, jakie w tym postępowaniu wykonał Zamawiający. Zatem w ocenie Izby, skoro brak podania ceny za 1 tydzień nie mógłby negatywnie obciążać Przystępującego, tym bardziej podanie ceny oczywiście błędnej nie może przesądzać, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, o konieczności odrzucenia oferty Przystępującego. Ponadto Izba miała na uwadze również okoliczność, że Zamawiający nie zawarł w treści SIWZ szczególnych postanowień w zakresie obliczenia ceny i doszła do przekonania, że okoliczność ta również nie może negatywnie obciążać Przystępującego.

Z tych względów, zdaniem składu orzekającego, czynność Zamawiającego polegająca za poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w zakresie ceny jednostkowej za 1 tydzień zawieszenia usług, była prawidłowa.

Nie potwierdziła się również grupa zarzutów dotycząca niespełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wskazanego w Rozdziale IX ust. 3 lit. d) SIWZ oraz dotycząca wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Zarzut w tym zakresie sprowadzał się do twierdzenia, że warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony bo prace nie zostały zakończone i można mieć wątpliwość, czy bazują na dokumentacji przygotowanej przez Przystępującego. Oceniając przedmiotową kwestię, Izba miała na uwadze treść samego warunku, definicję dokumentacji FEED zawartą w treści SIWZ oraz złożone przez Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego dowody przy pismach, a także dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie.

Odnosząc się do zarzutu odwołania, jakoby ze złożonego „aktualnego świadectwa ukończenia” nie wynikało, że przedsięwzięcie polegające na rozbudowie terminala w Turcji zostało zakończone ani czy w ogóle się rozpoczęło, Izba wskazuje, że w świetle postanowień SIWZ nie taki był cel ww. dokumentu. Brzmienie warunku wskazuje, że wykonawcy mieli legitymować się doświadczeniem w świadczeniu usług projektowych lub doradztwa technicznego (...) przy czym zamówienie to miało obejmować co najmniej przygotowanie dokumentacji FEED (...) zatem w ocenie Izby załączone dowody musiały potwierdzać prawidłowe wykonanie powyższej usługi i taki cel został przez nie spełniony. Okoliczność, czy prace zostały zakończone i odebrane nie mogła wynikać z dokumentu przedstawionego w celu prawidłowego wykonania usługi. Odwołujący nie wykazał, aby złożone w tym zakresie oświadczenie Przystępującego było nieprawdziwe. Przeczy temu już samo stanowisko Odwołującego wyrażone w odwołaniu, gdzie Odwołujący twierdzi wprost, że w 2016 został przez Zamawiającego Botas ogłoszony przetarg na generalnego

wykonawcę inwestycji oraz że zakres pracy został ograniczony do zwiększenia zdolności regazyfikacyjnych. Ponadto złożony przez niego na rozprawie dowód również potwierdza, że rozbudowa w powyższym zakresie miała miejsce oraz że wykorzystano w tym zakresie dokumentację projektową pierwotnie opracowaną przez Przystępującego. Okoliczność, że dokumentacja ta została następnie w sposób zasadniczy zmodyfikowana nie przeczy temu, że była wykorzystana w realizacji tej inwestycji. Fakt zakończenia inwestycji został wprost potwierdzony dowodem złożonym przez Przystępującego przy piśmie z dnia 10 grudnia 2018 r. – korespondencją e-mail, a Odwołujący nie podważył w żaden sposób tego dowodu. Izba przychyliła się również do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że rezygnacja z budowy czwartego zbiornika jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu, ponieważ Przystępujący w złożonym wykazie nie powoływał się na budowę tego zbiornika.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W tym miejscu Izba wskazuje, że nie zostało zaliczone w poczet materiału dowodowego pismo Przystępującego z dnia 13 grudnia 2018 r. , które zawierało zgłoszenie nowego wniosku dowodowego. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 190 ust. 1 zdanie drugie Ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Mając na uwadze, iż pismo Odwołującego zostało wniesione już po zamknięciu rozprawy, jego treść, ani treść załączonego dowodu nie mogła zostać wzięta pod uwagę przez Izbę przy rozpoznawaniu odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów 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. z 22 maja 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: