

Sygn. akt: KIO 348/14

Sygn. akt: KIO 367/14

WYROK

z dnia 12 marca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska
Daniel Konicz
Izabela Kuciak**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2014 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 21 lutego 2014 roku przez wykonawcę: **Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** (sprawa o sygn. akt KIO 348/14),
- B. w dniu 24 lutego 2014 roku przez wykonawcę: **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa** (sprawa o sygn. akt KIO 367/14)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Tauron Wytwarzanie S.A., ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 348/14 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy: **Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 367/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

A. sygn. akt KIO 348/14

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice**, i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **Tractebel Engineering S.A., ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice**, na rzecz zamawiającego **Tauron Wytwarzanie S.A., ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

B. sygn. akt KIO 367/14

1. uwzględnia odwołanie, i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 1.2 unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa**,
 - 1.3 dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa** z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w dniu 13 stycznia 2014 roku,
 - 1.4 dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Tauron Wytwarzanie S.A., ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice**
 - 1.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 1.2 zasądza od zamawiającego **Tauron Wytwarzanie S.A., ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice** na rzecz odwołującego **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa**, kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach [zwana dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Wybór wykonawcy/ów na wykonanie etapowe dokumentacji niezbędnej do uzyskania Pozwolenia na budowę oraz udział w organizowaniu i przeprowadzeniu przetargu na wyłonienie Wykonawcy zadania pn.: Budowa bloku gazowo-parowego klasy 413 MWe w TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 października 2013 roku pod numerem 2013/S 211-366918.

W dniu 14 lutego 2014 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Konsorcjum spółek: Ramboll Polska Sp. z o. o. i Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., oraz o odrzuceniu trzech pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, tj.: oferty Tractebel Engineering S.A., Biura Studiów, Projektów i Realizacji „ENERGOPROJEKT-KATOWICE” S.A. oraz ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o.

KIO 348/14

W dniu 21 lutego 2014 roku Tractebel Engineering S.A. [zwana dalej „Odwołującym”] wniósł odwołanie wobec: czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego; czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego; czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum: Ramboll Polska Sp. z o. o. oraz Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZO PROJEKT S.A.; zaniechania czynności poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty oraz zaniechania niezwłocznego zawiadomienia o tym Odwołującego; zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo iż występujące w niej inne omyłki polegające na niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty, pomimo iż ww. omyłki nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oraz poprzez zaniechanie niezwłocznego zawiadomienia o tym Odwołującego;
- c) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- d) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Ramboll jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby :

- a) unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty;
- b) unieważnił czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
- c) dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert;
- d) dokonał poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;
- e) dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następujące okoliczności:

Odwołujący powołując się na treść uzasadnienia odrzucenia jego oferty wskazał, że niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ dotyczy 3 pozycji Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego [zwanego dalej „HRF”], a dokładnie daty realizacji 3 Etapów

Kluczowych, tj.: w przypadku Etapu Kluczowego I-IV-2 oraz Etapu Kluczowego I-IV-3 prawidłową datą realizacji jest 30.11.2014 r. a nie jak to podano w ofercie 31.07.2014 r., natomiast w przypadku Etapu Kluczowego 2-VIII prawidłową datą realizacji jest 10.06.2016 r. a nie jak to podano w ofercie 30.10.2016 r. Podkreślił, że wytknięte przez Zamawiającego niezgodności treści oferty z SIWZ mają charakter omyłek, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, a w konsekwencji nadających się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do omyłek w zakresie dat realizacji Etapu Kluczowego I-IV-2 oraz Etapu Kluczowego I-IV-3 wskazał, że rację ma Zamawiający, twierdząc, że określenie daty uzyskania decyzji lokalizacyjnej przed datą uzyskania decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych jest niemożliwe do zrealizowania w praktyce, z uwagi na przepis art. 72 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko [Dz.U. z 2013 r., poz. 1235 z późn. zm.], zgodnie z którym nie ma możliwości uzyskania decyzji lokalizacyjnej przed uzyskaniem decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych. Zdaniem Odwołującego oczywistym jest, że wskazanie w ofercie daty uzyskania decyzji lokalizacyjnej przypadającej przed datą uzyskania decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych było efektem omyłki, gdyż tak określonej daty uzyskania decyzji lokalizacyjnej nie da się dotrzymać, a trudno wyobrazić sobie, żeby Odwołujący świadomie zobowiązał się do świadczenia niemożliwego.

Podobny charakter, w ocenie Odwołującego, ma omyłka dotycząca daty Etapu Kluczowego 2-VIII, o realizacji którego przesądza dostarczenie dokumentacji projektowej. Odwołujący wskazał, że w świetle przepisów ustawy Pzp oraz SIWZ dokumentacja projektowa powinna być wykonana i dostarczona najpóźniej na etapie realizacji kompletnej SIWZ dla wyboru Realizatora Zadania nr 2, tj. realizacji zakresu czynności określonych w SIWZ jako Etap Kluczowy 2-VI-2. W związku z czym w ocenie Odwołującego oczywistym jest, że wskazanie w ofercie daty realizacji Etapu Kluczowego 2-VIII przypadającej później niż wskazana w ofercie data realizacji Etapu Kluczowego 2-VI-2 było efektem omyłki Odwołującego, a przyjęcie odmiennej oceny świadczyłoby o tym, że Odwołujący świadomie zobowiązałby się do świadczenia niemożliwego.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że popełnione przez niego omyłki mają charakter nieistotny. Podkreślił, że wykonawcy zobowiązani byli wskazać w HRF aż 125 dat realizacji dla poszczególnych Etapów, a popełnione przez Odwołującego dotyczą tylko 3 takich dat, czyli zaledwie 2,4% wszystkich dat podanych w HRF, a nadto ich poprawienie nie zniekształcałoby oświadczenia woli Odwołującego. Podkreślił, iż wolą Odwołującego było złożenie oferty o treści zgodnej z treścią SIWZ. Odwołujący wskazał, że zarówno omyłkowo

wskazane przez niego daty realizacji 3 Etapów Kluczowych, jak i daty poprawne, nie są sprzeczne i nie wykraczają poza termin wykonania zamówienia określony w SIWZ, jak również nie są sprzeczne i nie wykraczają poza terminy „częstkowe”, wskazane przez Zamawiającego we wzorze HRF. Tym samym poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego nie ma na celu dostosowania jej treści do terminów narzuconych przez Zamawiającego. Wskazał, że dla samego Zamawiającego daty realizacji Etapów Kluczowych, w których omyłki popełnił Odwołujący nie mają istotnego znaczenia, gdyż Zamawiający, we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartym w Części II SIWZ, nie przewidział żadnych kar umownych za naruszenie terminów realizacji Etapów, w zakresie których omyłki popełnił Odwołujący.

Odwołujący wskazał także, że we wzorze HRF Zamawiający zawarł wytyczne dotyczące jego sporządzenia. Jedną z tych wytycznych ma następujące brzmienie:

„4. Zaproponowany przez Wykonawcę w ofercie Harmonogram Rzeczowo-Finansowy może być w zakresie kwestii nieistotnych doprecyzowany przez Zamawiającego przed podpisaniem Umowy.”

W ocenie Odwołującego w świetle powyższego postanowienia jest oczywiste, że HRF zaproponowany przez niego w ofercie wcale nie ma charakteru niezmiennego i nie musi zostać inkorporowany do umowy dokładnie w takim kształcie, w jakim go odwołujący przedstawił.

Podniósł także, że nie przekonały go wywody Zamawiającego dotyczące niemożności ustalenia poprawnej treści oferty Odwołującego w zakresie terminów realizacji odpowiednich Etapów Kluczowych, gdyż nie żadnych przeszkód, aby poprawiając omyłki w ofercie Odwołującego Zamawiający oparł się na wyjaśnieniach, jakich udzielił mu Odwołujący w piśmie z dnia 09.01.2014 r.

Natomiast odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty, pomimo iż złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i, że wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, podniósł, co następuje.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia złożone przez niego są odpowiednio umotywowane, zawierają cały szereg konkretnych i miarodajnych informacji potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny oferty, w szczególności zaś zawierają wszystkie informacje, żądane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 31.12.2013 r. Odwołujący podniósł, że uczynił zadość swoim obowiązkom i obalił domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zamawiający natomiast w żaden sposób nie podważył prawdziwości ani rzetelności wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący szczegółowo

przytoczył treść złożonych przez siebie wyjaśnień w postępowaniu na potwierdzenie tezy, że były to wyjaśnienia kompletne i zgodne z wezwaniem Zamawiającego.

Odwołujący w dalszej części uzasadnienia odwołania podniósł, iż : „do żadnego z wyżej wskazanych elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez Odwołującego ceny Zamawiający w żaden sposób się nie odniósł, mimo że nie mają one nic wspólnego z doświadczeniem Odwołującego czy doświadczeniem jego personelu. W szczególności podkreślić należy, że wskazanych powyżej okoliczności Zamawiający w żaden sposób nie podważył, tj. ani nie wykazał, iż w rzeczywistości nie występują, ani nie wykazał, że ich wpływ na wysokość ceny nie usprawiedliwia poziomu ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Tymczasem okoliczności te w sposób wyczerpujący i wiarygodny tłumaczą wysokość ceny zaoferowanej przez Odwołującego”.

KIO 367/14

W dniu 24 lutego 2014 roku ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o. o. [zwana dalej „Odwołującym”] wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- a) wyborze oferty konsorcjum spółek: Ramboll Polska Sp. z o.o. oraz Biura Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. jako oferty najkorzystniejszej;
- b) zaniechaniu dokonania w ofercie Odwołującego poprawek w zakresie omyłkowego wskazania terminu wykonania Kluczowego Etapu 2-VIII i powiadomienia o tych poprawkach Odwołującego, a w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego, oraz
- c) zaniechaniu odrzucenia oferty spółki Tractebel Engineering S.A. ze względu na istnienie obok przyczyn wskazanych w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 lutego 2014 r. - dodatkowo także podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- a) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie oferty Konsorcjum Ramboll, która wobec braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego nie powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- b) art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że istniały podstawy do poprawy oczywistej omyłki pisarskiej w treści oferty Odwołującego,
- c) alternatywnie - w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu- naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że Zamawiający, wskutek wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, dysponował informacjami co do omyłki w treści oferty Odwołującego, która to omyłka podlega poprawieniu w trybie ww. przepisu ustawy Pzp,
- d) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i nieuwzględnienie podstaw do wykluczenia wykonawcy Tractebel z postępowania i odrzucenia jego oferty w związku z brakiem wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- a) uwzględnienie niniejszego odwołania,
- b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Ramboll jako oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego,
- c) nakazanie Zamawiającemu dokonania poprawek oferty Odwołującego w zakresie omyłkowego wskazania terminu wykonania Kluczowego Etapu 2-VIII i powiadomienia o tych poprawkach Odwołującego, a następnie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał, że podstawą odrzucenia jego oferty była niezgodność tej oferty z treścią SIWZ, która to niezgodność polegała na tym, że w HRF Odwołujący podał termin wykonania Etapu Kluczowego 2- VIII: „Opracowanie kompletnego projektu wykonawczego we wszystkich branżach oraz kompletnej dokumentacji projektowej (...) przypadający po terminie realizacji Etapu Kluczowego 2-VI-2 „Opracowanie kompletnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) dla realizacji Zadania nr 2. Natomiast zgodnie z SIWZ kompletny projekt wykonawczy we wszystkich branżach oraz kompletna dokumentacja projektowa stanowić miała opis przedmiotu zamówienia w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia przygotowanej przez Wykonawcę dla wyboru Realizatora dla Zadania nr 2 (...), a więc tak jak

to wskazał Zamawiający nie jest możliwe opracowanie dokumentacji wykonawczej w ramach Etapu Kluczowego 2-VIII po terminie wykonania Kluczowego Etapu 2- VI-2.

Odwołujący wskazał, że powyższa sprzeczność w ofercie Odwołującego była podstawą do wystąpienia przez Zamawiającego o złożenie przez Wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że „*podanie terminu wykonania Kluczowego Etapu 2-VIII na dzień „X+ 324” przypadający w roku 2017 był omyłką pisarską. Intencją Odwołującego było bowiem ustalenie tego terminu na 2 miesiące przed narzuconym w SWIZ terminem wykonania Kluczowego Etapu 2-VI-2, tj. dniem 10 czerwca 2016 r. (pismo z dnia 13.01.2014 r.). W ocenie Odwołującego omyłka ta jest oczywista m.in. właśnie ze względu na fakt, że maksymalny termin wykonania Kluczowego Etapu 2-VI-2 został przez Zamawiającego określony na rok 2016, a więc etap wcześniejszy 2-VIII nie mógł przypaść później. Omyłka w podaniu roku wykonania Kluczowego Etapu 2-VIII (2017 zamiast 2016) była więc możliwa do ustalenia przez Zamawiającego, a wobec tego miał on podstawy do sprostowania omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.*”.

Dalej Odwołujący stwierdził, że nawet „*gdyby jednak Zamawiający uznał, że powyższa omyłka nie jest oczywistą omyłką pisarską w rozumieniu oczywistości korekty, jakiej należałoby dokonać, to już z całą pewnością omyłka ta winna być zakwalifikowana przez Zamawiającego jako omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty - w rozumieniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP*”.

Podniósł także, że „*sprostowanie omyłki nie spowoduje istotnej zmiany zakresu zobowiązań Odwołującego wynikających z oferty, gdyż na podstawie całokształtu oferty oczywistym jest, że Wykonawca był zobligowany do wykonania Etapu Kluczowego 2-VIII przed realizacją Etapu 2-VI-2*”.

Odwołujący odnosząc się do zarzutu wykluczenia wykonawcy Tractebel z postępowania wskazał, że samo rozstrzygnięcie Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Tractebel uznaje za prawidłowe. W jego ocenie Zamawiający nie wziął jednak pod uwagę wszystkich okoliczności i uchybień, które winny być podstawą do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty. Wskazał, że dodatkową podstawą do wykluczenia wykonawcy Tractebel z postępowania i odrzucenia jego oferty jest brak wykazania przez Tractebel warunków udziału w postępowaniu, dotyczących wymaganego doświadczenia i wiedzy, określonych w rozdziale 9 SIWZ, punkt 1. 2) a), b), c).

Izba zważyła i ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że obu odwołującym w sprawach o sygn. akt: KIO 348/14 i KIO 367/14 przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia przez nich szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołań w sprawach o sygn. akt: KIO 348/14 i KIO 367/14 w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także korespondencji stron. Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 348/14 i KIO 367/14 w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

KIO 348/14

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo iż występujące w niej inne omyłki polegające na niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty, pomimo iż ww. omyłki nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oraz poprzez zaniechanie niezwłocznego zawiadomienia o tym Odwołującego.

Izba uznała powyższe zarzuty za zasadne.

Izba, rozpoznając zarzuty w zakresie niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wzięła pod uwagę charakter omyłek popełnionych przez Odwołującego w treści oferty oraz ich wpływ na treść oferty.

Niewątpliwie obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest poprawa omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, które spełniają łącznie dwa określone w przepisie warunki: 1) polegają na niezgodności oferty z SIWZ, 2) nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że pomiędzy stronami nie było sporne, że Odwołujący popełnił w treści oferty omyłki polegające na niezgodności z treścią SIWZ, które nie były efektem celowego, intencjonalnego działania Odwołującego.

Sporny był natomiast charakter tych omyłek, tj. czy nadają się one do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, czy też powodują one na tyle istotne zmiany w treści oferty, że nie nadają się do poprawienia w tym trybie.

Odwołujący wskazał w HRF następujące daty realizacji poszczególnych Etapów Kluczowych:

Etap Kluczowy 1-III-4 [30.09.2014 r.] – opracowanie kompletnego wniosku o uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla nowego bloku gazowo-parowego wraz z infrastrukturą pomocniczą oraz infrastrukturą towarzyszącą, w tym sporządzanie wszelkich koniecznych uzupełnień wniosku oraz wsparcie techniczne aż do czasu uzyskania ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla nowego bloku gazowo-parowego wraz z infrastrukturą pomocniczą oraz infrastrukturą towarzyszącą. Świadczenie usług Wykonawcy w ramach tej fazy prac będzie uważane za należycie zrealizowane i zakończone w momencie uzyskania przez Zamawiającego ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla nowego bloku gazowo-parowego wraz z infrastrukturą pomocniczą oraz infrastrukturą towarzyszącą;

Etap Kluczowy 1-IV-2 [31.07.2014 r.] – opracowanie kompletnego wniosku o wydanie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu dla nowego bloku gazowo-parowego wraz z infrastrukturą pomocniczą oraz infrastrukturą towarzyszącą, w tym sporządzanie wszelkich koniecznych uzupełnień wniosku oraz wsparcie techniczne aż do czasu uzyskania ostatecznej decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu dla nowego bloku gazowo-parowego wraz z infrastrukturą pomocniczą oraz infrastrukturą towarzyszącą;

Etap Kluczowy 1-IV-3 **[31.07.2014 r.]** – w przypadku możliwości zakwalifikowania budowy nowego bloku gazowo-parowego wraz z infrastrukturą pomocniczą oraz infrastrukturą towarzyszącą jako inwestycji celu publicznego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. z 2012 r., poz. 647, j.t.; z późn. zm.) opracowanie kompletnego wniosku o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego dla nowego bloku gazowo-parowego wraz z infrastrukturą pomocniczą oraz infrastrukturą towarzyszącą, w tym sporządzanie wszelkich koniecznych uzupełnień wniosku oraz wsparcie techniczne aż do czasu uzyskania ostatecznej decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego dla nowego bloku gazowo-parowego wraz z infrastrukturą pomocniczą oraz infrastrukturą towarzyszącą. Świadczenie usług Wykonawcy w ramach tej fazy prac będzie uważane za należycie zrealizowane i zakończone w momencie uzyskania przez Zamawiającego odpowiednio ostatecznej decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu albo ostatecznej decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego dla nowego bloku gazowo-parowego wraz z infrastrukturą pomocniczą oraz infrastrukturą towarzyszącą;

Etap Kluczowy 2-VI-2 **[10.06.2016 r.]** – opracowanie w uzgodnieniu z Zamawiającym kompletnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) dla realizacji Zadania nr 2 w zakresie technicznym i prawno-handlowym, w tym przygotowanie wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 36 ust. 1 pkt 16) Prawa Zamówień Publicznych oraz kompletnej dokumentacji projektowej, kosztorysów inwestorskich, przedmiarów robót oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych zgodnie z wymogami art. 31 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych oraz przepisami wykonawczymi;

Etap Kluczowy 2-VIII **[30.10.2016 r.]** – opracowanie kompletnego projektu wykonawczego w wszystkich branżach oraz kompletnej dokumentacji projektowej zgodnie z wymogami art. 31 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych oraz przepisami wykonawczymi.

Zamawiający pismem z dnia 7 stycznia 2014 roku wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie:

- 1) terminów uzyskania decyzji lokalizacyjnej i decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych dla Zadania 1 (Etapy Kluczowe: 1-III-4, 1-IV-2 i 1-IV-3) wskazując, iż zgodnie z art. 72 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko [Dz. U. z 2013 r., poz. 1235, j.t.; z późn. zm.], „wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach następuje przed uzyskaniem (...) 3) decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowaniu terenu – wydawanej na podstawie ustawy z dnia

- 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym”. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia faktu podania w ofercie daty uzyskania daty lokalizacyjnej przed datą uzyskania decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych;
- 2) terminów sporządzenia projektu wykonawczego oraz SIWZ wstępnej dla Zadania nr 2 (Etapu Kluczowe: 2-VIII oraz 2-VI-2) wskazując, że *dokumentacja projektowa, której dostarczenie stanowi o realizacji Etapu Kluczowego 2-VIII, musi być wykonana i dostarczona Zamawiającemu najpóźniej na etapie realizacji kompletnej SIWZ dla wyboru Realizatora Zadania nr 2, a więc realizacji zakresu czynności określonych w SIWZ jako Etap Kluczowy 2-VI-2, co wynika wprost z ustawy Pzp oraz SIWZ. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia faktu podania w ofercie terminu realizacji dla Etapu Kluczowego 2-VIII jako przypadającego po terminie realizacji Etapu Kluczowego 2-VI-2.*

Odwołujący, w odpowiedzi na powyższe wezwanie, w dniu 9 stycznia 2014 roku wyjaśnił, iż „fakt podania w ofercie daty uzyskania decyzji lokalizacyjnej przed datą uzyskania decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych jest omyłką pisarską powstałą podczas edycji treści oferty” i dalej wskazał, że datą realizacji dla Etapu Kluczowego 1-III-4 jest **30.09.2014 r.** („**pozostaje bez zmian**”), natomiast dla Etapów Kluczowych 1-IV-2 i 1-IV-3 jest **30.11.2014 r.** („poprawka omyłki pisarskiej powstałej przy przepisywaniu dat z formatu XLS do DOC”).

Podobnie wyjaśniał w zakresie omyłki powstałej przy wskazaniu daty realizacji Etapu Kluczowego 2-VIII i podał, że data realizacji Etapu Kluczowego 2-VI-2 „**pozostaje bez zmian**”, i jest to **10.06.2016 r.**, natomiast prawidłowa data Etapu Kluczowego 2-VIII to **10.06.2016 r.** („poprawka omyłki pisarskiej powstałej przy przepisywaniu dat z formatu XLS do DOC”).

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Odwołujący wskazał, że poprawione winny być terminy Etapów Kluczowych: **1-IV-2 i 1-IV-3** [na 30.11.2014 r.] oraz **2-VIII** [na 10.06.2016 r.]. Wskazane w ofercie terminy realizacji Etapów Kluczowych **1-III-4 i 2-VI-2** powinny pozostać niezmienione.

Zamawiający wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień słusznie podniósł, że w świetle treści SIWZ oraz obowiązujących przepisów prawa nie jest możliwe uzyskanie decyzji lokalizacyjnej przed datą uzyskania decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, jak również dokumentacja projektowa winna być wykonana i dostarczona Zamawiającemu najpóźniej na etapie realizacji kompletnej SIWZ. Oznacza to, że Zamawiający zdawał sobie sprawę z wewnętrznych sprzeczności treści oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący wyjaśnił przesłanki zaistnienia omyłek podnosząc, iż są one następstwem „omyłki pisarskiej powstałej przy przepisywaniu dat z formatu XLS do DOC”.

W ocenie Izby wyjaśnienia Odwołującego są spójne i nie budzą wątpliwości. Zasadne jest twierdzenie Odwołującego, że pozostawianie niezmienionej treści HRF w zakresie terminów realizacji Etapów Kluczowych 1-IV-2, 1-IV-3 i 2-VIII oznaczałoby, że zobowiązał się on do świadczenia niemożliwego, tj. do uzyskania decyzji lokalizacyjnej przed uzyskaniem decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych oraz do wykonania kompletnej SIWZ przed sporządzeniem i dostarczeniem Zamawiającemu kompletnej dokumentacji projektowej.

Izba wskazując na możliwość dokonania powyższych zmian w treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zwraca uwagę przede wszystkim na fakt, że poprawienie omyłek nie wpłynie na zakres świadczenia zaoferowanego przez Odwołującego. Jak słusznie Odwołujący wskazał, omyłkowo przez niego wskazane terminy realizacji Etapów Kluczowych 1-IV-2, 1-IV-3 i 2-VIII nie wykraczają poza termin wykonania zamówienia określony przez Zamawiającego w SIWZ, jak i nie wykraczają poza terminy „częstkowe”, wskazane przez Zamawiającego w HRF.

Nie sposób uznać, że uwzględnienie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i poprawienie na ich podstawie zaistniałych w jego ofercie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp prowadziłyby w istocie do złożenia nowego oświadczenia woli ze strony Odwołującego i powodowałyby istotne zmiany w treści oferty. W ocenie Izby takie działanie prowadziłyby jedynie do usunięcia wewnętrznych sprzeczności i rozbieżności w treści oferty. W takim też zakresie możliwe jest poprzedzenie poprawienia omyłek w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wystosowaniem żądania do wykonawców o złożenie wyjaśnień dotyczących treści ofert na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy pozostaje kwestia znacznego rozbudowania przez Zamawiającego HRF. Zamawiający wymagał bowiem wskazania aż 125 terminów realizacji poszczególnych Etapów Kluczowych, przy czym w 18 przypadkach wskazał, że nie mogą one przekraczać terminu przez niego ściśle określonego. Należy przy tym podkreślić, że żadna z omyłek popełnionych przez Odwołującego nie dotyczy terminów Etapów Kluczowych, w których Zamawiający określił maksymalną granicę zakończenia realizacji danego Etapu.

Należy podkreślić, że ustawodawca wprowadzając zmiany w treści przepisu art. 87 ust. 2 Pzp i dopuszczając możliwość poprawiania omyłek w treści ofert, polegających na ich niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w taki sposób, by jednocześnie nie prowadziło to do istotnych zmian w treści oferty, miał na celu ograniczenie sytuacji, w których oferty były odrzucane tylko z powodu zaistnienia nieistotnych omyłek, które w żaden sposób nie wpływały na zakres i przedmiot zamówienia oraz na oświadczenie woli wykonawcy w tym zakresie. Ustawodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 roku

o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw wskazał, że: „w projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

W tym miejscu warto przytoczyć wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2012 roku [sygn. akt KIO 42/12], na który powołuje się także Odwołujący. W powyższym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zmiany jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.”

Izba oceniając charakter omyłek popełnionych przez Odwołującego miała na uwadze fakt, że dokonane zmiany nie wpływają w sposób istotny na treść oferty, że wskazywane przez Odwołującego terminy mieszczą się w terminie realizacji zamówienia wskazanego przez

Zamawiającego oraz w terminach Etapów Kluczowych, które zostały przez Zamawiającego dookreślone we wzorze HRF. W ocenie Izby poprawienie omyłek popełnionych przez Odwołującego w treści oferty ma jedynie na celu usunięcie wewnętrznych sprzeczności oferty w sposób w jaki ustawodawca dopuszcza na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ze względów, o których mowa powyżej, w ocenie Izby, nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach przedmiotowej sprawy argument Zamawiającego, iż „*po dokonaniu korekty omawianych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zmieniałaby się kluczowa cecha świadczenia oferowanego przez Odwołującego, to jest termin jego realizacji*” (str. 5-6 odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu w dniu 10 marca 2014 r.).

Na marginesie, odnosząc się do podnoszonego przez Odwołującego argumentu, że dla samego Zamawiającego daty realizacji Etapów Kluczowych 1-IV-2, 1-IV-3 i 2-VIII nie mają większego znaczenia, bowiem Zamawiający nie przewidział żadnych kar umownych za przekroczenie powyższych terminów, Izba wskazuje, że jest to argument chybiony. O istotności terminów poszczególnych Etapów nie przesądza fakt czy za ich naruszenie przewidziane są kary umowne czy też nie. Niemniej jednak, mając na uwadze fakt, że Zamawiający nie sprecyzował daty zakończenia realizacji Etapów Kluczowych 1-IV-2, 1-IV-3 i 2-VIII we wzorze HRF, pozostawiając w tym zakresie możliwość swobodnego określenia przez wykonawców, stanowi przesłankę do uznania, że terminy zakończenia realizacji obowiązków przez wykonawców w tych Etapach nie mają zasadniczego znaczenia dla Zamawiającego. Powinny jednakże pozostawać spójne z terminami realizacji pozostałych Etapów Kluczowych.

Dodatkowo wskazać należy, że o istotności zmian w treści oferty na skutek uwzględnienia poprawek w stosunku do omyłkowo określonych terminów nie przesądza także – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – zastrzeżenie w umowie uprawnień wynikających z gwarancji / rękojmi w stosunku do dokumentacji dostarczanej w ramach poszczególnych Etapów Kluczowych. Poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego nie przekreśla bowiem tych uprawnień.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał także, że zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem w ofercie oraz, że „*nie ulega zatem wątpliwości, że określone daty realizacji poszczególnych Etapów Kluczowych w HRF stanowią, jako elementy zawarte w ofercie, składniki oświadczenia woli wykonawcy*” (str. 4-5 odpowiedzi na odwołanie). Ponadto, na rozprawie w dniu 10 marca 2014 roku Zamawiający wskazał, że terminy realizacji poszczególnych Etapów Kluczowych stanowią *essentialia negotii* umowy.

Jednakże, zdaniem Izby, nie oznacza to, że daty realizacji poszczególnych Etapów Kluczowych, nie mogą być poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp o ile zostały omyłkowo

wskazane przez wykonawcę. Uniemożliwiłoby to bowiem możliwość poprawiania omyłek na tej podstawie także np. w kosztorysach realizacji zadania. Nie ulega wątpliwości, że poszczególne pozycje kosztorysów stanowią element oświadczenia woli wykonawców, a poprawianie omyłek w tym zakresie zostało uznane za dopuszczalne w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i wprost wynika z przepisów Pzp.

Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że „poprawienie oferty w sposób sugerowany przez Odwołującego prowadziło do zmiany przedmiotu świadczenia”. Izba weryfikując konsekwencje wprowadzenia zmian w ofercie Odwołującego, w zakresie popełnionych przez niego omyłek, ustaliła, że przedmiot świadczenia oferowany przez Odwołującego nie zmieni się, jak i nie zmieni się termin jego realizacji. Nie zmieniają się też terminy Etapów Kluczowych sprecyzowane w SIWZ przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, że – biorąc pod uwagę niżej wskazane okoliczności – powyższy zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przy czym art. 90 ust. 2 Pzp stanowi, iż zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia [art. 90 ust. 3 Pzp]

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 31.12.2013 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość oferowanej przez niego ceny poprzez wskazanie na oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Odwołującego, oryginalność projektu oraz wpływ pomocy publicznej, w tym do złożenia wyjaśnień „**w zakresie obejmującym co najmniej koszty osobowe zaangażowanego personelu z uwzględnieniem wykształcenia i kwalifikacji, podziału zadań (...).**”.

Odwołujący w piśmie z dnia 7 stycznia 2014 roku wyjaśnił, że „*przy wycenie realizacji zamówienia, kierując się doświadczeniem wyniesionym z realizacji zamówień o podobnym charakterze, zastosowano oszczędną metodę wykonania oraz uwzględniono wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia nie naruszając przy tym zasad uczciwej konkurencji, biorąc dodatkowo pod uwagę ocenę sytuacji w zakresie innych podobnych postępowań oraz sytuacji na rynku*”. Kolejno Odwołujący wskazał na:

I. oszczędność metody wykonywania zamówienia, wskazując na ponad 20-letnie doświadczenie pozwala Odwołującemu na dokładne oszacowanie niezbędnej ilości projektantów, asystentów, poziom zaangażowania członków zespołu. W ramach tej metody Odwołujący wskazał na :

1. *Racjonalne zaangażowanie specjalistów [niepełny wymiar godzin], głównych projektantów [realizacja przedmiotowego zadania według Odwołującego nie będzie wymagała 100% zaangażowania tych osób dzięki wsparciu asystentów], oraz zaangażowanie osób wspierających specjalistów i głównych projektantów ;*
2. *Zaangażowanie personelu niższego szczebla;*
3. *Zaangażowanie projektantów w branży technologicznej;*
4. *Zaangażowanie projektantów odpowiedzialnych za zaprojektowanie części gazowej;*
5. *Obsługa biura;*
6. *Możliwość zatrudnienia specjalistów w innych projektach.*

II. wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia:

1. *Możliwość pracy zdalnej;*
2. *Organizowanie przetargów: do realizacji tego zakresu oferent przeznaczy lokalny personel na stałe zatrudniony w firmie.*
3. *Nadzory autorskie: ze względu na bliskość umiejscowienia siedziby Zamawiającego jak i terenu przyszłej budowy koszty związane z podróżami będą minimalne, oraz nie wystąpią koszty związane z noclegami czy delegacjami.*

4. *Koszty delegacji:* [w tym zakresie Odwołujący wskazał na okoliczności przesądzające, że koszty delegacji nie wystąpią].
5. *Obsługa administracyjna biur* [brak konieczności zaangażowania dodatkowej osoby].
6. *Wykluczenia z zakresu usług Wykonawcy:* Zamawiający wykluczył z zakresu usług Wykonawcy wszelkie opłaty administracyjne oraz koszt wykupu działek oraz uzyskania innych tytułów prawnych do działek w zakresie posadowienia obiektów będących przedmiotem zadań.
7. *Ryzyko wydłużenia czasu realizacji zadania.*
8. *Posiadanie indywidualnej umowy dot. ubezpieczenia w ramach grupy GDF SUEZ.*
9. *Posiadanie indywidualnej umowy dot. obsługi telekomunikacyjnej i informatycznej w ramach grupy GDF SUEZ.*

Odwołujący wskazał na 3 elementy ceny: 1) marża; 2) koszty osobowe [obejmujące także koszty biura, sprzętu, ubezpieczeń i inne]; 3) koszt polisy OC.

W ocenie Zamawiającego, wyrażonej m.in. treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu wykonawców z postępowania z dnia 14.02.2014 r. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia Odwołującego nie zawierają *konkretnych i miarodajnych informacji potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny oferty*. Odwołujący zaś zarówno w odwołaniu, jak i w trakcie rozprawy, wskazywał, że wyjaśnienia złożone przez niego są miarodajne, wyczerpujące, wiarygodne, a poziom ich szczegółowości dostosowany był do wezwania Zamawiającego.

Zdaniem Izby złożone przez Odwołującego wyjaśnienia były niewystarczające do ustalenia, że Odwołujący w sposób prawidłowy i rzetelny dokonał kalkulacji ceny i, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

W ocenie Izby, Odwołujący, wbrew własnym twierdzeniom, nie dostosował poziomu szczegółowości wyjaśnień i kalkulacji do poziomu żądań zawartych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 31.12.2013 r. Z treści przedmiotowego wezwania bezpośrednio wynika, że Zamawiający żądał przedstawienia elementów mających wpływ na kalkulację ceny przedstawioną przez Odwołującego w tym m.in. wskazania oszczędnych metod wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla w Odwołującego, jak i złożenia wyjaśnień w zakresie kosztów osobowych zaangażowanego personelu z uwzględnieniem wykształcenia i kwalifikacji, podziału zadań.

Izba, oceniając wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w kontekście wezwania wystosowanego przez Zamawiającego ustaliła, iż Odwołujący nie wykazał konkretnych elementów mających wpływ na kalkulację ceny, w tym w szczególności nie złożył wyjaśnień w zakresie kosztów osobowych tak jak tego żądał Zamawiający, tj. z uwzględnieniem wykształcenia, kwalifikacji i podziału zadań zaangażowanego personelu. Niewątpliwie utrudniło to Zamawiającemu ocenę oferty Odwołującego w kontekście ewentualnego zaoferowania przez niego rażąco niskiej ceny. Taka ocena w świetle wyjaśnień złożonych przez Odwołującego była wręcz niemożliwa. Izba podziela zdanie Zamawiającego, że Odwołujący składając wyjaśnienia co do ceny oferty nie zawarł konkretnych i miarodajnych informacji, zaś okoliczności wskazane przez Odwołującego, są typowe także dla innych wykonawców i nie są okolicznościami wyjątkowo sprzyjającymi tylko i wyłącznie Odwołującemu w zakresie warunków realizacji zamówienia publicznego.

W wyroku z dnia 11 lipca 2013 roku [sygn. akt: KIO 1481/13] Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„zgodnie z art. 90 ust. 3 P.z.p. zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W oczywisty sposób niezłożenie wyjaśnień należy rozumieć dosłownie, czyli jako brak jakiegokolwiek reakcji na wezwanie zamawiającego. Natomiast w razie udzielenia odpowiedzi, jej jakość podlega ocenie pod kątem tego czy jest wystarczająca dla uchylenia podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną, przez pryzmat obiektywnych czynników, które przykładowo zostały wymienione w art. 90 ust. 2 P.z.p.”*

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny ofertowej za niewystarczające, a w konsekwencji uznała, że w przedmiotowej sprawie, nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z przepisu tego wynika, że nie każde naruszenie przepisów ustawy Pzp prowadzi do uwzględnienia odwołania. Musi być to bowiem naruszenie kwalifikowane, skutkujące zmianą lub możliwością zmiany wyniku postępowania. W ocenie Izby naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

KIO 367/14

1. Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia **art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp**, a w konsekwencji zarzut naruszenia **art. 91 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wybranie oferty Konsorcjum Ramboll, która wobec braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego nie powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Jednocześnie Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia w przedmiotowej sprawie zarzutu naruszenia **art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp**.

Izba, rozpoznając zarzuty w zakresie niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wzięła pod uwagę charakter omyłek popełnionych przez Odwołującego w treści oferty oraz ich wpływ na treść oferty.

Odwołujący wskazał w HRF termin realizacji Etapu Kluczowego 2-VIII po dacie wskazanej jako termin realizacji Etapu 2-VI-2. Było to sprzeczne zarówno z treścią SIWZ jak i z przepisami ustawy Pzp. Okoliczności tej sprzeczności zostały omówione powyżej w ramach wyводу dotyczącego sprawy KIO 348/14. Podkreślić raz jeszcze trzeba, że prawidłowa realizacja Etapu Kluczowego 2-VIII [opracowanie kompletnego projektu wykonawczego oraz kompletnej dokumentacji projektowej] przesądzała o możliwości wykonania Etapu Kluczowego 2-VI-2 [opracowanie kompletnej SIWZ], przy czym wykonawcy zostali ograniczeni co do swobody określenia realizacji terminu Etapu Kluczowego 2-VI-2, gdyż zgodnie z wzorem HRF, termin realizacji tego Etapu powinien przypadać nie później niż 10.06.2016 r.

W ocenie Odwołującego omyłka w zakresie określenia terminu Etapu Kluczowego 2-VIII dotyczyła jedynie określenia daty rocznej i stanowiła oczywistą omyłkę pisarską. W ocenie Izby jednak omyłki tej nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską, której poprawienie następuje w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem omyłka ta nie ma przymiotu oczywistości.

W wyroku z dnia 3 października 2006 r. [UZP/ZO/0-2555/06; LEX nr 213491], Zespół Arbitrów stanął na stanowisku, iż: *„Za oczywistą omyłkę pisarską w świetle art. 87 p.z.p. uznać należy uchybienia o charakterze oczywistym, których poprawienie z jednej strony nie może prowadzić do zmiany oferty, z drugiej zaś muszą one być widoczne na pierwszy rzut oka bez*

potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń. Brak definicji ustawowej oczywistej omyłki pisarskiej powoduje potrzebę odwołania się do potocznego zwykłego rozumienia tego pojęcia. Oczywistą omyłką pisarską będzie więc niewłaściwe użycie wyrazu, mylna jego pisownia, błąd gramatyczny itp.”.

Za taką omyłkę nie można uznać w sposób nie budzący wątpliwości omyłki Odwołującego w zakresie błędnego określenia terminu realizacji Etapu Kluczowego 2-VIII. Jest to jednak omyłka nadająca się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Przesłanki zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w przedmiotowej sprawie są analogiczne do tych, które zostały przedstawione w uzasadnieniu do sprawy KIO 348/14.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że Zamawiający w odniesieniu do omyłki popełnionej przez Odwołującego w sprawie 367/14 podniósł, iż jej poprawienie może powodować niespójność z terminem realizacji Etapu Kluczowego 2-VII-4. Etap ten dotyczy bowiem opracowanie kompletnego uzgodnionego projektu budowlanego dla Zadania Nr 2, co powinno nastąpić przed sporządzeniem kompletnego projektu wykonawczego, który stanowi uzupełnienie projektu budowlanego. Nie negując, iż Zamawiający ma rację w tym zakresie, należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego nie wskazał na ewentualną niezgodność Etapu Kluczowego 2- VIII po wprowadzeniu poprawek z Etapem 2-VII-4. Oznacza to, że powołując tą okoliczność na dopiero na etapie postępowania odwoławczego, poszerza w sposób niedopuszczalny podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, a także argumentację przedstawioną w zakresie możliwości poprawiania omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w sprawie KIO 348/14 należało uznać odwołanie w sprawie KIO 367/14 za zasadne w tym zakresie. Natomiast, jak wyżej zostało wskazane, Izba uznała za niezasadne poprawienie oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

2. Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i nieuwzględnienie podstaw do wykluczenia wykonawcy Tractebel z postępowania i odrzucenia jego oferty w związku z brakiem wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w ocenie Izby nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Odwołujący nie powołał żadnych dowodów na potwierdzenie zasadności powołanych przez siebie zarzutów w zakresie nie uwzględnienia wszystkich podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy Tractebel. Potwierdził to na rozprawie w dniu 10 marca 2014 roku wskazując, że nie dysponuje żadnymi dowodami mogącymi potwierdzić powoływane przez niego w odwołaniu okoliczności w zakresie braku wykazania przez Tractebel warunków udziału w postępowaniu, dotyczących wymaganego doświadczenia i wiedzy, określonych w rozdziale 9 SIWZ, pkt 1. 2 a), b), c). Jednocześnie wskazał, że samo rozstrzygnięcie Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Tractebel uznaje za prawidłowe.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że niezrozumiały jest dla niego zarzut zaniechania wykluczenia Tractebel z postępowania, skoro Odwołujący nie kwestionuje jednocześnie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego są to dwie czynności, które się wykluczają wzajemnie. Niemniej jednak Zamawiający z ostrożności procesowej wskazał ponadto, że pismem z dnia 21.01.2014 r. wezwał Tractebel do złożenia wyjaśnień w zakresie podnoszonym przez Odwołującego i takie wyjaśnienia otrzymał w dniu 23.01.2014r. Zamawiający wskazał, że dysponując oświadczeniem wykonawcy Tractebel o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu załączonym do oferty, doprecyzowanym w drodze wyjaśnień pisemnych, nie ma podstaw ich kwestionować, w sytuacji, gdy nie dysponuje dowodami przeciwnymi.

Izba uznała, że ma rację Zamawiający, twierdząc że niezasadny jest zarzut podnoszony przez Odwołującego w zakresie wykluczenia wykonawcy Tractebel z postępowania w sytuacji, gdy nie kwestionuje on jednocześnie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy. Dodatkowo należy wskazać, że w myśl art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Odwołujący zaś nie wskazał żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń odnośnie wykluczenia wykonawcy Tractebel z postępowania.

Izba uznała zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp za nieuzasadniony.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1) lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....