

Sygn. akt: KIO 423/19

**WYROK**  
z dnia 27 marca 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**            **Paweł Trojan**

**Protokolant:**                **Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11.03.2019 r.** przez wykonawcę **ZEC Service Spółka z o.o., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „RKK „Remont Kapitałny kapitalizowany) elementów rurociągów wysokoprężnych w BC-3 w Elektrociepłowni Wrocław” (numer 1001118800)

przy udziale wykonawcy **Zakłady Remontowe Energetyki S.A., ul. Jankego 13, 40-615 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 obejmującego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu w przedmiocie doświadczenia wykonawcy oraz w zakresie zarzutu nr 4 obejmującego art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w tej części zarzutów zawartych w odwołaniu;**
- 2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 obejmującego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie polisy ubezpieczeniowej oraz w zakresie zarzutu nr 3 obejmującego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień**

publicznych odnoszącego się do polisy ubezpieczeniowej wobec cofnięcia przez Odwołującego odwołania w tym zakresie;

3. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 związanego z brakiem wypełnienia przez Przystępującego Harmonogramu Prac i Płatności oraz w zakresie zarzutu nr 2 i 3 odnoszącego się do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w związku z poz. 3 i 4 wykazu usług znajdującego się w ofercie Przystępującego i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje poprawienie omyłki związanej z Harmonogramem Prac i Płatności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku udziału w postępowaniu obejmującego doświadczenia i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, jak również czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników nakazanych czynności. W pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.

4. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZEC Service Spółka z o.o., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego - **Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław** na rzecz wykonawcy - **ZEC Service Spółka z o.o., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Izbą.

5. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 16 października 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 27 marca 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 423/19**

Zamawiający – **Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław** prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „RKK „Remont Kapitałny kapitalizowany) elementów rurociągów wysokoprężnych w BC-3 w Elektrociepłowni Wrocław” (numer 1001118800)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 19.12.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 244 – 558768.

W dniu **27.02.2019** r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11.03.2019** r. przez wykonawcę **ZEC Service Spółka z o.o., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław** wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej w Postępowaniu przez Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy - Zakłady Remontowe Energetyki KATOWICE S.A. (zwana dalej: „ZRE Katowice”), pomimo że oferta ta, zdaniem Odwołującego, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. natomiast ZRE Katowice podlega również wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZRE Katowice pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności ZRE Katowice nie wypełnił załącznika nr 2 do formularza oferty tj. Harmonogramu Prac i Płatności w zakresie tabeli nr 2, w którym wykonawca nie zaoferował kwot płatności za poszczególne etapy;

Z przezorności Odwołujący zarzucił również naruszenie:

2. art. 26 ust. 3 ustawy PZP - poprzez niewezwanie wykonawcy ZRE Katowice do uzupełnienia oświadczenia JEDZ oraz wykazu usług poprzez wskazanie 3 zamówień w zakresie remontów, napraw armatury, rurociągów wysokoprężnych oraz ich elementów, celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również niewezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP - poprzez niewykluczenie wykonawcy ZRE Katowice pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia w realizacji trzech (3) zadań w zakresie remontów, napraw armatury, rurociągów wysokoprężnych oraz ich elementów w okresie ostatnich 5 lat, jak również nie wykazał faktu, że posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN;

4. art. 90 ust. 1a ustawy PZP - poprzez niezwrócenie się do ZRE Katowice o udzielenie wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, pomimo że cena ofertowa ZRE Katowice jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, a nie zachodzą żadne oczywiste okoliczności, które nie wymagają wyjaśnienia;

5. art. 96 ust. 3 ustawy PZP oraz § 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128) poprzez brak niezwłocznego udostępnienia załączników do protokołu z postępowania w postaci pełnej korespondencji w Postępowaniu pomiędzy Zamawiającym a ZRE Katowice.

6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta powinna podlegać odrzuceniu

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. odrzucenie oferty Zakłady Remontowe Energetyki KATOWICE S.A.

3. z przezorności w razie gdyby zarzuty dot. odrzucenia oferty się nie potwierdziły - wykluczenie Zakłady Remontowe Energetyki KATOWICE S.A. z udziału w postępowaniu,

4. dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

## UZASADNIENIE

Interes prawny

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę w Postępowaniu, nie podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a w związku z niezgodną z przepisami ustawy PZP czynnością Zamawiającego, może ponieść szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia publicznego. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w Postępowaniu, ponieważ Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy - ZRE Katowice, która powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP (lub też wykonawca powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP). Jak wskazał Odwołujący w razie gdyby Zamawiający, zgodnie z wyrażonym w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP obowiązkiem, odrzucił ofertę wykonawcy ZRE Katowice (lub wykluczył tego wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP), oferta Odwołującego zostałaaby sklasyfikowana na pierwszej pozycji listy rankingowej w ramach oceny ofert.

#### Termin na wniesienie odwołania

W związku z doręczeniem Odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 27 lutego 2019 r., pisma Zamawiającego z dnia 27 lutego 2019 r., zawierającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zdaniem Odwołującego, zachowany został termin do wniesienia odwołania wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 14 ust. 2 ustawy PZP.

#### Przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu

Jak wskazał Odwołujący kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 11 marca 2019 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej tj. portalu zakupowego eB2B: <https://pqeenergiasiepla.eb2b.com.pl>, przewidzianego do komunikacji Zamawiającego a Wykonawcami w postępowaniu, jak również została wysłana tego samego dnia na adres e-mail wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu tj. k..m.@qkpqe.pl. Ponadto z przezorności kopia odwołania została również złożona pod adresem do korespondencji wskazanym w SIWZ: PGE Energia Ciepła S.A. Oddział nr 2 CUW w Krakowie, Dział DPZ (50-220) Wrocław ul. Łowiecka 24.

#### **Uzasadnienie zarzutów**

Zamawiający prowadzi postępowanie pn. RKK elementów rurociągów wysokoprężnych w BC-3 w Elektrociepłowni Wrocław (numer postępowania nadany przez Zamawiającego: 1001118800), którego przedmiot obejmuje:

a) prace mechaniczno-diagnostyczne, jakie realizowane będą w obrębie armatury odcinającej, zwrotnej, regulacyjnej i zabezpieczającej, na której stwierdzono w trakcie

eksploatacji nieprawidłową pracę w zakresie: utraty szczelności wewnętrznej, zwiększonych oporów ruchu oraz zacięć.

b) roboty montersko-spawalnicze związane z odtworzeniem instalacji odwadniającej TG i WP oraz diagnostyczne wyniki, które posłużą do przeprowadzenia oceny stanu i sporządzenia wniosków.

Dnia 27 lutego 2019 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty ZRE Katowice, informując że ta oferta otrzymała najwyższą liczbę punktów w zastosowanych kryteriach wyboru, jak również że żaden Wykonawca nie został wykluczony z postępowania oraz żadna oferta nie została odrzucona w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Odwołującego czynność Zamawiającego została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy.

#### **Ad 1 - Zaniechanie odrzucenia oferty ZRE Katowice**

Zgodnie z pkt 20.2 SIWZ - Zamawiający wymagał, aby Oferta zawierała m.in. wypełniony i podpisany Formularz Oferty wraz z załącznikami, którego wzór stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ.

Zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ (Formularz Oferty), do Formularza Oferty należało załączyć Załącznik nr 2 - Harmonogram Prac i Płatności. Załącznik ten składa się dwóch tabel:

Tabela nr 1: Harmonogram Prac, Kamienie Milowe i Kluczowy Kamień Milowy - wypełnionej w całości przez Zamawiającego

Tabela nr 2: Harmonogram Płatności - która zawiera puste miejsca w zakresie kwot, które należy zapłacić z tytułu realizacji zakresu prac składających się na etap płatności (kolumna 4).

Jak podniósł Odwołujący bez wątplenia intencją Zamawiającego było, aby wykonawcy składając ofertę dokonali wskazania, jakie kwoty mają być płatne przez Zamawiającego wykonawcy za wykonanie poszczególnych etapów płatności w terminach: 10.06.2019, 05.08.2019, 06.09.2019 r.

Zgodnie z § 4 ust. 4.3. wzoru umowy - Faktury VAT będą wystawiane za zrealizowane i odebrane etapy Prac (wykonane w ramach poszczególnych Kamieni Milowych), zgodnie z Harmonogramem Płatności, stanowiącym Załącznik nr 2 Tabela nr 2 do Umowy, na podstawie Protokołów Odbioru Częściowego lub Protokołu Odbioru Końcowego. Jak wskazał Odwołujący załącznik nr 2 do Umowy stanowi dokładne odwzorowanie Załącznika nr 4 do SIWZ. Nie ulega wątpliwości, zdaniem Odwołującego, że złożony w ramach Oferty załącznik na etapie zawierania umowy miał zostać do niej bezpośrednio przetransponowany.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, należy mieć też na uwadze, że Zamawiający w SIWZ nie zawarł żadnych wytycznych czy wskazówek w jaki sposób należy uzupełnić rzeczony załącznik.

W ocenie Odwołującego tymczasem, wykonawca - ZRE Katowice nie zastosował się do pkt 20.2. SIWZ i nie wypełnił w ramach złożonej oferty ww. załącznika, a miejsca, które określają kwoty poszczególnych płatności pozostawił puste. W związku z tym, jak zostało wskazane w uzasadnieniu odwołania, treść jego oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i jako taka oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.

Co istotne, w ocenie Odwołującego, to to że ww. błędu Wykonawcy Zamawiający nie był w stanie jakkolwiek usunąć w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Istotne jest bowiem, że zgodnie z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy PZP - Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Tymczasem, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający pismem z dnia 28.01.2019 r. wezwał ZRE Katowice do „uzupełnienia zapisów Załącznika nr 2 do Formularza oferty: „Harmonogram Prac i płatności”, Tabela nr 2 w kolumnie „Kwota”, czego jednak zrobić nie mógł z uwagi na ograniczenie, o którym mowa wyżej.

Wskazać w tym względzie należy, zdaniem Odwołującego, że Harmonogramu płatności nie sposób uznać za dokument, który mógłby podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. W szczególności nie jest to dokument, który potwierdza, że oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane spełniają wymagania Zamawiającego - nie jest to tzw. dokument przedmiotowy (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP). W istocie jest to dokument merytorycznie składający się na ofertę *sensu stricto*, tj. stanowiący treść zobowiązania wykonawcy wobec zamawiającego. Wskazać w tym względzie należy, że *„różnica pomiędzy dokumentami składającymi się na treść oferty, konkretyzującymi świadczenie wykonawcy, a dokumentami przedmiotowymi, które mają na celu jedynie potwierdzić zgodność zaoferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego, ma istotne (...) znaczenie, ponieważ dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p. mogą być uzupełniane, w przeciwieństwie do dokumentów, które tworzą merytoryczną treść oferty”* (tak np. KIO w wyroku z dnia 3 stycznia 2019 r., KIO 2603/18).

Jak wskazał Odwołujący taką kwalifikację co do harmonogramów rzeczowo-finansowych załączanych do oferty Izba potwierdziła chociażby w wyroku z dnia 3 września 2015 r. KIO 1835/15, w którym Izba stwierdziła, co następuje:

*Nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 ZamPublU poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień dotyczących harmonogramu rzeczowo - finansowego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ZamPublU. Przywołane przez odwołującego przepisy dotyczą wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ZamPublU. Harmonogram rzeczowo-finansowy nie należy zaś do tej kategorii dokumentów, gdyż nie jest ani dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ZamPublU), ani dokumentem potwierdzającym, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ZamPublU). W ocenie Izby jest to dokument odnoszący się do treści oferty, zaś jego niezgodności z SIWZ mogą być usuwane jedynie w trybie art. 87 ust. 2 ZamPublU, a nie z wykorzystaniem instytucji z art. 26 ust. 3 czy ust. 4 ZamPublU. Stanowisko takie wyraził m.in. Sąd Okręgowy w T. w wyroku z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. akt V GA 40/09 (dostępny na stronie internetowej art. 87 ust. 2). Harmonogram rzeczowo - finansowy nie jest dokumentem, który podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ZamPublU jako dokument przedmiotowy. Na przeszkodzie takiemu uznaniu stoi bowiem treść art. 25 ust. 1 ZamPublU oraz przepisy rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605 ze zm.). Harmonogram rzeczowo- finansowy ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów a także czasu wykonania poszczególnych etapów. Jego znaczenie jest dla zamawiającego o tyle istotne, iż poszczególne etapy mają być rozliczane sukcesywnie, zaś zamawiający ma właśnie sukcesywnie pozyskiwać środki na poszczególne etapy. Kwestie zawarte w harmonogramie podlegają więc ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU, a więc ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ. Kluczowym więc jest ocena charakteru harmonogramu z punktu widzenia postanowień SIWZ. co było przedmiotem rozpoznania w ramach zarzutu omówionego powyżej.*

Również w wyroku KIO z dnia 9 listopada 2010 r., KIO 2337/10, Izba stwierdziła m.in.:

*Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. (...)*

*W świetle powyższego, harmonogram terminowo - rzeczowo - finansowy odnoszący się w świetle postanowień zał. nr 14 do siwz do terminów, zakresu prac oraz rozbitcia poszczególnych płatności przypadających na poszczególne części prac w ich postępie czasowym, w pierwszej kolejności zakwalifikować należy jako dokument składający się na*



*treść oferty, a nie dokument potwierdzający, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom siwz. W konsekwencji, Izba podkreśla brak możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do jego uzupełnienia.*

Ponadto Odwołujący wskazał, że ww. załącznik nr 2 do formularza oferty miał być złożony w postępowaniu na etapie składania ofert tj. wymóg ten dotyczył wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Tymczasem zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy PZP, dokumenty przedmiotowe powinny być żądane jedynie wobec tego Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Stąd też moment składania ww. dokumentu w sposób jednoznaczny przesądza o jego kwalifikacji prawnej.

Odwołujący podniósł również, że tego typu harmonogram ma całkowicie odrębny charakter i funkcję niż dokumenty przedmiotowe - nie potwierdza on, że oferowane przez wykonawcę usługi czy dostawy spełniają wymogi zamawiającego. Harmonogram płatności w niczym nie przypomina dokumentów przedmiotowych, które wymienione są przykładowo w § 13 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126 z późn. zm.) np. próbek, certyfikatów, zaświadczeń niezależnych podmiotów uprawnionych do kontroli jakości itp. W istocie dokument ten określa treść zobowiązania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą tj. reguluje on kwoty płatności w czasie realizacji umowy ws. zamówienia publicznego.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że ww. braku Zamawiający nie mógł uzupełnić samemu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy PZP tj. jako omyłki. Nie ulega wątpliwości, że nie jest to omyłka rachunkowa (nie jest to błąd w ramach działania arytmetycznego, ponieważ żadnego działania tutaj nie przeprowadzono), nie jest to omyłka pisarska (wada procesu myślowo-redakcyjnego - ponieważ ponownie wykonawca żadnego tego typu procesu nie podejmował), ani wreszcie nie jest to inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Aby mówić o omyłce z art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, Zamawiający musiałyby być w stanie poprawić ją na podstawie samych informacji znajdujących się w ofercie (bez dodatkowego udziału wykonawcy) - wzywając wykonawcy do wskazania w jaki sposób należałoby uzupełnić ten załącznik oznaczałoby w istocie, w ocenie Odwołującego, niedozwolone negocjowanie treści oferty i oznaczałoby, że wykonawca musiałyby złożyć w tym zakresie dodatkowe oświadczenie woli uprzednio niezawarte w pierwotnej ofercie (o czym mowa wyżej; tak: wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 522/11, czy też w wyroku z dnia 21 października 2011 r. KIO 2152/11). Przykładowo jak wskazała Izba wprost w wyroku z dnia

16 maja 2013 r. KIO 972/13: *Harmonogram Rzeczowo - Finansowy stanowi integralną część oferty zawierającą essentialia negotii odnoszące się do sposobu wykonania zamówienia, terminu jego wykonania, a także zastrzeżonych kar umownych i nie może być w żaden sposób modyfikowany mocą jednostronnego oświadczenia woli, w tym również poprzez zastosowanie procedury korygującej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ZamPublU.*

Następnie Odwołujący podniósł, że w wyroku z dnia 18 marca 2013 r., KIO 478/13, Izba dokonała skrupulatnej analizy stanu zblizonego stanu faktycznego i stwierdziła m.in.:

*Niewątpliwym jest, iż harmonogram rzeczowo - finansowy stanowi treść oferty. Z treści harmonogramu rzeczowo - finansowego wynika bowiem zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania poszczególnych etapów zamówienia w określonych terminach i za określoną kwotę, tym samym stanowi on treść oferty. Taki charakter harmonogramu rzeczowo - finansowego składanego przez wykonawców w tym postępowaniu wynika z postanowień SIWZ (rozdział 4, pkt 4.19), w którym w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości wyspecyfikowano wszystkie dokumenty i oświadczenia składające się na ofertę wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. (...) Składany przez wykonawców harmonogram rzeczowo - finansowy ma charakter merytoryczny a nie formalny. Stanowi on bowiem - jak podniósł zamawiający - dokument ułatwiający przygotowanie inwestycji i zaplanowanie jej finansowania. (...) To przecież z treści harmonogramu rzeczowo - finansowego wynika zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia w określonych terminach opisanych właśnie w tym harmonogramie, jak i wysokość wynagrodzenia płatna wykonawcy w poszczególnych miesiącach (miesiąc 1, miesiąc 2 itp.) wynikających z tych realizacji. Harmonogram rzeczowo - finansowy stanowić ma więc - jak słusznie podniósł zamawiający - podstawę rozliczeń pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w szczególności w odniesieniu do terminu składania faktur za wykonanie poszczególnych robót. (...) W świetle powyższego stwierdzić należy, iż harmonogram rzeczowo-finansowy stanowił treść oferty danego wykonawcy, a jego niewypełnienie w sposób zgodny z wymogiem zamawiającego (brak wypełnienia wiersza dotyczącego fakturowania) powoduje, iż treść oferty tego wykonawcy (odwołującego) jest niezgodna z treścią SIWZ. Brak ten - wbrew twierdzeniom odwołującego - nie może być poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ZamPublU. Przepis ten daje bowiem możliwość poprawienia w ofercie wykonawcy innych omyłek niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe, a mianowicie omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, o ile nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ZamPublU winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności.*

Jak wskazał Odwołujący potwierdzeniem ww. stanowisk w przedmiotowej sprawie jest to, że Zamawiający nawet nie próbował zlikwidować przedmiotowego braku w ofercie ZRE Katowice w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Można zatem zakładać, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia tego braku było w istocie jedynym sposobem na to, żeby uzyskać informacje, jakie powinny znaleźć się w przedmiotowej tabeli (abstrahując już w tym miejscu od tego, że sposób ten w sposób ewidentny naruszał art. 87 ust. 1 ustawy PZP, o czym mowa powyżej).

W dalszej części uzasadnienia odwołania zostało wskazane, że ponadto nawet przyjęcie odmiennego poglądu w ww. zakresie i tak nie pozwalałoby na dokonanie uzupełnienia treści tego dokumentu z uwagi na istotność zmian, jakie zostałyby w tym zakresie dokonane. Przykładowo jak wskazała Izba w wyroku z dnia 5 maja 2011 r. sygn. akt KIO 839/11:

*Zgodnie z wymaganiami zamawiającego harmonogram finansowy nie mógł zawierać dowolnego podziału płatności, lecz miał odnosić się do wartości i rodzaju wykonywanych prac w poszczególnych miesiącach, tym samym zamawiający musiałby na podstawie kosztorysu, harmonogramu rzeczowego, poprawianego harmonogramu finansowego projektu, SWTiORB i innych dostępnych mu dokumentów, dokonać analizy kolejności i kosztów planowanych przez odwołującego prac, a następnie sporządzić nowy harmonogram, co stanowczo wykraczałoby, w ocenie Izby, poza dyspozycję art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp*

Jak następnie wskazał Odwołujący podobnie w wyroku z dnia 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11, Izba stwierdziła, że: *zamawiający nie mógłby zastosować prostego poprawienia zaistniałej „omyłki”, np. przez podział kwot po równo pomiędzy miesiące, gdyż kwoty przypisane do poszczególnych miesięcy nie mogły być dowolne, lecz miały wynikać z przewidzianych w tym okresie prac i płatności („fakturowania”). Zatem zasadniczo zamawiający musiałby opracować w tym zakresie harmonogram, co wykracza poza dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”.*

W istocie również w przedmiotowej sprawie, w ocenie Odwołującego, poprawienie omyłki musiałoby zostać przeprowadzone poprzez opracowanie od podstaw całkowicie nowego harmonogramu, ponieważ ZRE Katowice w istocie tego dokumentu w ogóle nie złożył. Taki zakres prac po stronie Zamawiającego byłby zatem zmianą istotną treści oferty ZRE Katowice, która obarczona jest ewidentnym brakiem merytorycznym. Wskazać w tym względzie należy, że uzasadnieniem do wprowadzenia do ustawy art. 87 ust. 2 pkt 3, który pozwala na dokonywanie poprawiania innych omyłek, było nieodrzućanie ofert z powodu „błahych błędów w ofercie”. Niewypełnienie całego załącznika, o tak istotnym charakterze jakim jest harmonogram płatności nie sposób uznać za błąd błahy - jego naprawienie musiałoby doprowadzić do istotnej zmiany w treści oferty wykonawcy.

Reasumując, Odwołujący wskazał, że oferta ZRE Katowice obarczona była istotnym brakiem merytorycznym w stosunku do wymogów SIWZ i brak ten nie był jakkolwiek sanowalny z punktu widzenia przepisów ustawy PZP. W związku z tym oferta ZRE Katowice powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.

### **Ad 2 i 3 - Niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zdolność techniczna i zawodowa**

Jak wskazał Odwołujący zgodnie z pkt 15.6.3. ppkt a) SIWZ - *Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że: posiada doświadczenie w realizacji trzech (3) zadań w zakresie remontów, napraw armatury, rurociągów wysokoprężnych oraz ich elementów w okresie ostatnich 5 lat.*

Następnie Odwołujący podniósł, że na potwierdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu, ZRE Katowice złożył wraz z ofertą wykaz usług, w ramach którego wskazał, że zrealizował 4 zamówienia, których przedmiotem był:

1. Remont kapitalny rurociągów i armatury w obrębie maszynowni bloku nr 1 i 5 dla Tauron Wytwarzanie S.A. (pozycja dot. wartości zrealizowanych usług wskazuje, że chodzi w wypadku o maszynownię bloku nr 1)
2. Remont kapitalny rurociągów i armatury w obrębie maszynowni bloku nr 1 i 5 dla Tauron Wytwarzanie S.A. (pozycja dot. wartości zrealizowanych usług wskazuje, że chodzi w tym wypadku o maszynownię bloku nr 5)
3. Budowa Zakładu Unieszkodliwienia Odpadów Komunalnych ZUOK w Białymstoku - dla Budimex S.A.
4. Modernizacja rurociągów i armatury na układzie wody obiegowej w EC Siekierki w Warszawie dla PGNiG Termika S.A.

W ocenie Odwołującego analiza wykazu jak również załączonych do niego dokumentów potwierdzających należyte wykonanie ww. usług wskazuje, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że brak było podstaw do rozdzielnego potraktowania remontu kapitalnego rurociągów i armatury dla bloku nr 1 oraz bloku nr 2 w Elektrowni Jaworzno III. Z treści referencji wynika, że było to w istocie jedno zadanie pn. „Remont kapitalny rurociągów i armatury w obrębie maszynowni bloku nr 1 i bloku nr 5”. Jak wskazał Odwołujący tymczasem Wykonawca w sposób nieuprawniony jedno i to samo

doświadczenie wskazał w dwóch oddzielnych pozycjach złożonego wykazu, zapewne licząc w ten sposób na potraktowanie tego doświadczenia jako dwóch zadań w zakresie remontów, napraw armatury, rurociągów wysokoprężnych w rozumieniu pkt 15.6.3. ppkt a) SIWZ. W istocie, zdaniem Odwołującego, jako jedno zadanie należy traktować jedno zamówienie, a zatem de facto jedną umowę, na co wskazuje chociażby sama treść Formularza wykazu usług stanowiącego załącznik nr 5.1. do SIWZ (pogrubienia własne):

*„Uwaga: Należy dostosować ilość wierszy do ilości wykazywanych zadań.*

Do niniejszego wykazu dołączam dowody potwierdzające, że ww. zamówienia zostały wykonane należycie przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy”.

W istocie, zdaniem Odwołującego, zatem zgodnie z SIWZ pojęcie zadania i zamówienia należałoby traktować zamiennie i właśnie takie znaczenie przyjmował w tym zakresie Zamawiający. Z treści przedłożonych przez wykonawcę referencji, jak i poniekąd z samego wykazu (w kolumnie „Przedmiot zamówienia”) w sposób ewidentny wynika, że prace wykonywane na rzecz Tauron Wytwarzanie S.A. - jakkolwiek dotyczyły dwóch maszynowni bloków w obrębie elektrociepłowni - stanowiły w istocie jedno zadanie. Brak jest tutaj jakiegokolwiek argumentu przemawiającego za rozdzieleniem maszynowni bloku nr 1 i maszynowni bloku nr 5, skoro de facto prace wykonywane były w ramach tej samej umowy z Tauron Wytwarzanie S.A. i w tym samym okresie czasu (o czym świadczy treść wykazu oraz referencje). Zdaniem Odwołującego skoro Zamawiający wymagał doświadczenia przy realizacji 3 zadań, tzn. że zależało mu na tym, żeby wybranego wykonawcę cechowało ugruntowane doświadczenie, nabyte w ramach różnych przedsięwzięć inwestycyjnych. Traktowanie jednego przedsięwzięcia inwestycyjnego jako dwóch różnych zadań, de facto czyni wymóg Zamawiającego iluzorycznym. W istocie bowiem w ramach każdej tego typu umowy, można byłoby wyszczególnić jakieś części składowe i traktować je jako oddzielne podzadania, co całkowicie niweczyłoby cel warunku, o którym mowa w pkt 15.6.3. ppkt a) SIWZ.

W ocenie Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie potwierdza również pozycja 3. wykazu tj. Budowa Zakładu Unieszkodliwienia Odpadów Komunalnych ZUOK w Białymstoku. Z treści referencji wynika, że w ramach przedmiotowej umowy, ZRE Katowice realizował: *„dostawę, prefabrykację i montaż kompletnych instalacji rurociągów z*

zabezpieczeniem antykorozyjnym, łącznie z montażem urządzeń i osprzętu dostarczanych przez Zamawiającego wraz z wykonaniem podłączeń do wszystkich urządzeń na instalacjach rurociągowych jak również przeprowadzenie prób ciśnieniowych oraz uczestnictwo w rozruchach zimnym i gorącym". Przedmiotowego doświadczenia, w ocenie Odwołującego, w żadnym wypadku nie można traktować jako „remontu naprawy armatury, rurociągów wysokoprężnych oraz ich elementów”. W istocie z treści referencji w sposób ewidentny wynika, że przedmiotem tego zadania nie był jakikolwiek remont, czy naprawa rurociągów, lecz dostawa nowych rurociągów na potrzeby nowej inwestycji, jaką była budowa Zakładu Unieszkodliwienia Odpadów Komunalnych ZUOK w Białymstoku. Oczywistym jest, że pojęcia „remontu, naprawy” (doprowadzanie czegoś do stanu używalności, czy też usunięcie w czymś usterek uszkodzeń ) mają całkowicie inne znaczenie niż pojęcie dostawy („dostarczania towaru”<sup>1</sup>). Zdaniem Odwołującego na odmiennosc pojęć remontu od pojęcia budowy wskazuje natomiast chociażby brzmienie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 z późn. zm.), która w art. 3 stanowi:

*Ilekroć w ustawie jest mowa o: (...)*

*6) budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego; (...)*

*8) remoncie - należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym;*

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający w SIWZ nie nadał ww. pojęciom innych znaczeń. Mając to na uwadze stwierdzić należy, że pozycja 3 w wykazie usług ZRE Katowice nie odpowiada wymogom warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa pkt 15.6.3. ppkt a) SIWZ.

Wreszcie, zdaniem Odwołującego, za niezgodną z wymogami warunku, o którym mowa wyżej, należy uznać pozycję 4. wykazu usług ZRE Katowice tj. Modernizacja rurociągów i armatury na układzie wody obiegowej w EC Siekierki. Z treści referencji, w których wskazano zakres czynności podjętych przez ZRE Katowice wynika, że przedmiotem umowy była wymiana rurociągów wody obiegowej Tz-7 oraz praca na układzie filtracji wody obiegowej. Tymczasem, w ocenie Odwołującego, tego typu urządzeń nie sposób w ogóle uznać za armaturę i rurociągi wysokoprężne (wysokociśnieniowe). Rurociągi i armatura wody obiegowej cechuje niskociśnieniowość.

W układach wody chłodzącej, zdaniem Odwołującego, a z takimi mamy do czynienia w przypadku przytoczonych w referencji wymienników woda-woda parametr wody chłodzącej tj. ciśnienie mieści się odpowiednio w granicach ciśnienia od 1,5 do 3,5 atmosfery, dlatego rurociągów i armatury zabudowanych na tych układach nie można zaliczyć do wysokociśnieniowych (wysokoprężnych).

Wskazane w referencjach prace dotyczyły rurociągów i armatury dobranej przez projektantów tak żeby były zdolne transportować duże ilości czynnika (wody) ale przy założeniu niskiego ciśnienia tego czynnika ze względu na charakter zasilanych urządzeń.

Zdaniem Odwołującego należy zwrócić uwagę, że w przedmiotowym postępowanie instalacje, które mają być objęte pracami tj. Instalację pary świeżej BC-3 oraz Instalację odwodnień turbinowych i WP cechuje ciśnienie nominalne w wysokości 13,5 MPa tj. ok. 128 atmosfer (ponad 36 x więcej niż w przypadku urządzeń w układzie wody obiegowej). Z kolei ciśnienie nominalne w obrębie instalacji wody zasilającej BC-3 wynosi 18 atmosfer, natomiast maksymalne ponad 207 atmosfer (21,5 MPa). Informacje te wprost zawarte są w załączniku nr 1 do SIWZ - specyfikacji technicznej - opis przedmiotu zamówienia. Stąd, zdaniem Odwołującego, w sposób oczywisty doświadczenie nabyte przy modernizacji na układzie wody obiegowej nie przystaje do specyfiki prac, jaka ma być objęta przedmiotem zamówienia. Jak wskazał Odwołujący Zamawiający celowo i adekwatnie do przedmiotu zamówienia wymagał doświadczenia przy remontach, naprawach armatury, rurociągów wysokoprężnych, mając na uwadze specyfikę urządzeń, jakie będą objęte pracami objętymi przedmiotowym zamówieniem.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, doświadczenia wskazane w wykazie nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien był wezwać ZRE Katowice na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP do uzupełnienia wykazu o wskazanie innych zamówień (wraz z załączeniem referencji) potwierdzających fakt spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W następstwie nieuzupełnienia tych dokumentów, Wykonawca powinien być zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP.

### **Sytuacja ekonomiczna lub finansowa**

Zgodnie z pkt 15.6.2. ppkt a) SIWZ, *Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, jeżeli Wykonawca wykaże że:*

a) *Posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN (słownie: pięć milionów złotych).*

Jak wskazał Odwołujący celem potwierdzenia spełnienia ww. warunku należało w Postępowaniu złożyć zgodnie z pkt 17.5.2.2 lit. a) - *dokumenty potwierdzające, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z Przedmiotem Zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego (co zgodne, zdaniem Odwołującego, jest z § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126 z późn. zm.)*

Następnie Odwołujący podniósł, że celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, ZRE Katowice przedłożył wraz z ofertą umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr 1035856198. Zgodnie z umową składka łączna opłacana jest w sześciu ratach, przy czym pierwsza rata płaćta jest do dnia 21 grudnia 2018 r. Zgodnie natomiast z brzmieniem art. 814 § 1 ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 z późn. zm.; dalej „KC): *Jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty.*

Jak wskazał Odwołujący oznacza to, że z braku odmiennego warunku umowy ubezpieczeniowej, wykonawca ubezpieczony jest nie wcześniej niż od dnia następnego po zapłaceniu pierwszej raty składki ubezpieczeniowej. Zatem celem potwierdzenia, że wykonawca ubezpieczony jest od odpowiedzialności cywilnej powinien on złożyć w takiej sytuacji nie tylko polisę, ale również dowód opłacenia składki, albo przynajmniej wykazać, że ochrona ubezpieczeniowa przysługuje niezależnie od faktu opłacenia składek.

Odwołujący podniósł, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upływał dnia 21.01.2019 r. tj. już po dniu wymagalności pierwszej raty składki ubezpieczeniowej.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Wykonawca z niewiadomych względów dokonał na Skanie polisy zamazania wysokości rat składki za ubezpieczenie. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne. Wykonawca nie może arbitralnie dokonywać *de facto* utajnienia jakichś elementów dokumentów przedkładanych celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mógłby co najwyżej, zastrzec pewne informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy PZP, ale wówczas:



- 1) Przedłożone informacje i tak są jawne dla Zamawiającego
- 2) Powinien on w takiej sytuacji wykazać - pod rygorem odtajnienia dokumentów - że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z tym, Odwołujący stwierdził, że ZRE Katowice nie skorzystał z ww. trybu, tylko dokonał czynności niezgodnej z przepisami ustawy, na co Zamawiający powinien był zwrócić uwagę. Nawiasem mówiąc stwierdzić należy, że wysokość składek na ubezpieczenie nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa - nie są to informacje posiadające wartość gospodarczą, których utajnienie byłoby uzasadnione.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, Wykonawca nie przedłożył dokumentów potwierdzających, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w wymaganej przez Zamawiającego wysokości. Zamawiający powinien był wezwać ZRE Katowice na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających fakt spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W następstwie nieuzupełnienia tych dokumentów, Wykonawca powinien być zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP.

#### **Ad 4 - Rażąco niska cena**

Niezależnie od powyższych zarzutów, Odwołujący wskazał, że z przezorności stwierdzić również należy, że Zamawiający zaniechał wezwania ZRE Katowice do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, pomimo że cena zaoferowana przez ZRE Katowice jest o co najmniej 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (art. 90 ust. 1a w zw. z ust. 1 ustawy PZP).

W przedmiotowej sprawie cena ofertowa ZRE Katowice wynosi 1 947 090 PLN, natomiast wartość zamówienia powiększona o podatek VAT - 2.952.000,00 PLN. Oferta ZRE Katowice jest zatem niższa o ok. 34,04 % od oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Istotnie cena ofertowa ZRE Katowice budzi wątpliwości z punktu widzenia tego, czy jest ona ceną rynkową, pozwalającą na wypracowanie zysku i uwzględniającą pełny zakres prac składających się na przedmiot zamówienia.

#### **Ad 5 - Brak niezwłocznego udostępnienia dokumentacji postępowania**

Jak zostało wskazane w treści uzasadnienia odwołania dnia 28 lutego 2019 r. pracownik Odwołującego zwrócił się do Zamawiającego poprzez pocztę e-mail (na adres wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu) z wnioskiem o udostępnienie w trybie art. 96 ust. 3 ustawy PZP

oraz § 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128) o niezwłoczne udostępnienie załączników do protokołu z postępowania w postaci wszelkiej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą - ZRE Katowice.

Dnia 5 marca 2019 r. Odwołujący wysłał poprzez platformę zakupową oraz e-mail pismo monitujące w tej sprawie, w związku z brakiem odpowiedzi ze strony Zamawiającego.

Finalnie pełna korespondencja pomiędzy Zamawiającym a ZRE Katowice została przesłana Odwołującemu dopiero 7 marca 2019 r. tj. po tygodniu w stosunku do dnia przesłania wniosku oraz zaledwie na 3 dni przed upływem terminu na złożenia odwołania (11 marca 2019 r.). Odwołujący wskazał, że dokumentacja nie została udostępniona Odwołującemu niezwłocznie tj. bez zbędnej zwłoki (zgodnie z § 4 ust. 5 ww. rozporządzenia). Brak jest uzasadnienia do zwlekania z przesłaniem tej korespondencji przez tydzień, skoro Zamawiający świadom był, że termin na złożenie ewentualnego odwołania wynosi 10 dni od zawiadomienia o podjęciu czynności w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej.

W istocie zwłoka ze strony Zamawiającego mogła nosić znamiona ograniczania Odwołującemu prawa do skutecznego i terminowego podniesienia zarzutów, co do czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym Postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł, jak w petitum.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

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

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną

możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert podnosząc zarzuty zmierzające do wyeliminowania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również i przeprowadziła dowody z dokumentów złożone i zawnioskowane przez Zamawiającego w postaci:

1. Protokoły odbioru wykonanych prac dla zadań wskazanych w pozycji 1 i 2, wykazu znajdującego się w ofercie Przystępującego na okoliczność, że realizacje bloku nr 1 i 5 stanowią odrębne zadania.
2. W zakresie pozycji nr 3 wykazu z oferty Przystępującego dotyczącego spalarni, Zamawiający złożył dowód w postaci dokumentów odnoszących się do zakresu rzeczowo finansowego (wraz z zestawieniem urządzeń do montażu) tego zadania, celem wykazania tożsamości zadania odnośnie treści warunku.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie pn. RKK elementów rurociągów wysokoprężnych w BC-3 w Elektrociepłowni Wrocław (numer postępowania nadany przez Zamawiającego: 1001118800), którego przedmiot obejmuje:

- a) prace mechaniczno-diagnostyczne, jakie realizowane będą w obrębie armatury odcinającej, zwrotnej, regulacyjnej i zabezpieczającej, na której stwierdzono w trakcie

eksploatacji nieprawidłową pracę w zakresie: utraty szczelności wewnętrznej, zwiększonych oporów ruchu oraz zacięć.

b) roboty montersko-spawalnictwa związane z odtworzeniem instalacji odwadniającej TG i WP oraz diagnostyczne wyniki, które posłużą do przeprowadzenia oceny stanu i sporządzenia wniosków.

Jak wynika z załącznika nr 1 do SIWZ – Specyfikacja techniczna (opis przedmiotu zamówienia) prace remontowe objęte są pełnym nadzorem, wymagają szczególnych standardów związanych z pracami remontowymi (diagnostyka, spawanie, wstępne naciąganie układu w celu likwidacji naprężeń, kontrola) w związku z wysokim ciśnieniem czynnika roboczego (13,5 MPa) oraz wysoką temperaturą (540°C). Jak wynika ze wstępnego opisu technicznego ciśnienia dla rurociągów tłocznych osiągają maksymalne wartości na poziomie 21,5 MPa.

Jak wynika z Rozdziału 2 SIWZ zatytułowanego „INFORMACJE O SPOSOBIE KOMUNIKACJI Z WYKONAWCAMI” zostało m.in. wskazane, że:

2.2 W Postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności składanie wniosków oraz oświadczeń, w tym Oświadczenia Wstępnego odbywa się wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej tj. portalu zakupowego eB2B: <https://pgeenergiasiepla.eb2b.com.pl> (dalej zwany Portalem Zakupowym).

Nadto zgodnie z pkt 15.6.3. ppkt a) SIWZ doszło do opisu warunku udziału w postępowaniu w następujący sposób: *Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że: posiada doświadczenie w realizacji trzech (3) zadań w zakresie remontów, napraw armatury, rurociągów **wysokoprężnych** oraz ich elementów w okresie ostatnich 5 lat.*

Zgodnie z pkt 20.2 SIWZ - Zamawiający wymagał, aby Oferta zawierała m.in. wypełniony i podpisany Formularz Oferty wraz z załącznikami, którego wzór stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ.

Zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ (Formularz Oferty), do Formularza Oferty należało załączyć Załącznik nr 2 - Harmonogram Prac i Płatności. Załącznik ten składa się dwóch tabel:

Tabela nr 1: Harmonogram Prac, Kamienie Milowe i Kluczowy Kamień Milowy - wypełnionej w całości przez Zamawiającego

Tabela nr 2: Harmonogram Płatności - która zawiera puste miejsca w zakresie kwot, które należy zapłacić z tytułu realizacji zakresu prac składających się na etap płatności (kolumna 4).

## 20. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT

20.1 Wykonawca może złożyć tylko jedną Ofertę. Dotyczy to zarówno Ofert składanych indywidualnie, jak i Ofert Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie Zamówienia. Złożenie większej ilości Ofert spowoduje odrzucenie Ofert.

20.2 Zamawiający wymaga, aby Oferta zawierała:

20.2.1 Wypełniony i podpisany Formularz Oferty wraz z załącznikami, którego wzór stanowi Załącznik Nr 4 do SIWZ.

## ZAŁĄCZNIK NR 4 DO SIWZ FORMULARZ OFERTY

III. Parametry Oferty stanowiące kryteria oceny Ofert:

2. Sposób wyliczenia Ceny brutto przedstawia Formularz Cenowy, stanowiący Załącznik Nr 1 do Formularza Oferty.

IV. Oświadczenia i zapewnienia Wykonawcy:

1. Oświadczamy, że:

1.1. Zapoznaliśmy się z treścią SIWZ, nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz uzyskaliśmy wszystkie informacje niezbędne do właściwego przygotowania Oferty.

1.2. Jesteśmy zdolni do wykonania Przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w SIWZ.

1.3. Przedmiot Oferty jest zgodny z opisem Przedmiotu Zamówienia.

1.4. Podana przez nas cena zawiera wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania Zamówienia wynikające z zakresów i warunków określonych w SIWZ.

1.5. Niedoszacowanie, pominięcie lub brak należytego rozpoznania przez nas zakresu Przedmiotu Zamówienia nie jest podstawą do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia.

1.6. Akceptujemy harmonogram / termin realizacji Zamówienia wskazany przez Zamawiającego w SIWZ, wraz z terminami cząstkowymi (pośrednimi).

V. Wykaz Załączników do Formularza Oferty:

Do niniejszej Oferty są dołączone następujące załączniki:

Załącznik Nr 1 – Formularz Cenowy

Załącznik nr 1a – Wykaz cen/Stawki i wskaźniki do kalkulacji wynagrodzenia nieobjętego zakresem podstawowym

Załącznik Nr 2 – Harmonogram Prac i Płatności

Załącznikiem NR 1 DO FORMULARZA OFERTY Zamawiający ustanowił FORMULARZ CENOWY zawierający szczegółową wycenę prac.

Zamawiający pod tabelą zawierającą poszczególne pozycje przewidziane do wyceny zamieścił następującą wzmiankę:

*Uwaga:*

- 1. Zabrania się ingerencji w formę i treść tabeli.*
- 2. Wszystkie pozycje tabeli muszą być wycenione.*
- 3. Obmiary szczegółowe dla potrzeb wyceny Wykonawca wykonuje we własnym zakresie i na koszt własny.*

## ZAŁĄCZNIK NR 2 DO FORMULARZA OFERTY

Harmonogram Prac i Płatności

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „RKK elementów rurociągów wysokoprężnych w BC-3, w Elektrociepłowni Wrocław.”

Tabela nr 1: Harmonogram Prac, Kamienie Milowe i Kluczowy Kamień Milowy

W harmonogramie tym wykonawcy mieli określić wartości za wykonanie poszczególnych etapów płatności w terminach: 10.06.2019, 05.08.2019, 06.09.2019 r.

Załącznik nr 2 do SIWZ – projekt umowy

Zgodnie z § 4 ust. 4.3. wzoru umowy - Faktury VAT będą wystawiane za zrealizowane i odebrane etapy Prac (wykonane w ramach poszczególnych Kamieni Milowych), zgodnie z Harmonogramem Płatności, stanowiącym Załącznik nr 2 Tabela nr 2 do Umowy, na podstawie Protokołów Odbioru Częściowego lub Protokołu Odbioru Końcowego.

Kwestia bezsporną pomiędzy Stronami był fakt, że Przystępujący nie wypełnił załącznik nr 2 do Formularza Ofertowego zatytułowanego „Harmonogram Prac i Płatności”, tj. w miejscach przewidzianych na wskazanie kwot nie zostały ujęte żadne wartości.

Na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, Przystępujący - ZRE Katowice złożył wraz z ofertą wykaz usług, w ramach którego wskazał, że zrealizował 4 zamówienia, których przedmiotem był:

1. Remont kapitalny rurociągów i armatury w obrębie maszynowni bloku nr 1 i 5 dla Tauron Wytwarzanie S.A. (pozycja dot. wartości zrealizowanych usług wskazuje, że chodzi w wypadku o maszynownię bloku nr 1)
2. Remont kapitalny rurociągów i armatury w obrębie maszynowni bloku nr 1 i 5 dla Tauron Wytwarzanie S.A. (pozycja dot. wartości zrealizowanych usług wskazuje, że chodzi w tym wypadku o maszynownię bloku nr 5)
3. Budowa Zakładu Unieszkodliwienia Odpadów Komunalnych ZUOK w Białymstoku - dla

Budimex S.A.

4. Modernizacja rurociągów i armatury na układzie wody obiegowej w EC Siekierki w Warszawie dla PGNiG Termika S.A.

Zamawiający pismem z dnia 28.01.2019 r. wezwał ZRE Katowice do „uzupełnienia zapisów Załącznika nr 2 do Formularza oferty: „Harmonogram Prac i płatności”, Tabela nr 2 w kolumnie „Kwota”.

Załącznik ten został uzupełniony przez Przystępującego przez wskazanie dla poz. tabeli 1 – 6 (termin planowanego odbioru 10.06.2019 r.) kwotę 331.108,35 zł, dla poz. 7 – 10 (termin planowanego odbioru 05.08.2019 r.) kwotę 870.251,25 zł i dla poz. 11 i 12 (termin planowanego odbioru 06.09.2019 r.) kwotę 381.640,40 zł. Jako sumaryczna kwota została wskazana wartość 1. 583.000 zł brutto.

Dnia 27.02.2019 r. Zamawiający zawiadomił o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy ZRE Katowice, informując że ta oferta otrzymała najwyższą liczbę punktów w zastosowanych kryteriach wyboru, jak również że żaden Wykonawca nie został wykluczony z postępowania oraz żadna oferta nie została odrzucona w przedmiotowym postępowaniu.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w toku postępowania odwoławczego Strony i uczestnicy tego postępowania mogą składać przewidziane prawem oświadczenia wywołujące wpływ na przebieg tego postępowania. Oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, do złożenia którego uprawniony jest wyłącznie podmiot zamawiający, jak również oświadczenie o cofnięciu odwołania, do złożenia którego uprawniony jest wyłącznie odwołujący - wywołują nie tylko skutki procesowe, lecz również materialne. Wynika to z faktu silnego powiązania postępowania odwoławczego z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Otóż oświadczenie woli o uwzględnieniu odwołania powoduje ten skutek, że postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlega umorzeniu, zaś podmiot zamawiający jest zobligowany do wykonania, powtórzenia

lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w treści odwołania – odnosząc tym samym bezpośredni skutek na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niemal analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku cofnięcia odwołania przez odwołującego, na skutek czego postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu, zaś wskutek upływu terminu na zaskarżeniu czynności mających miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stają się one niewzruszalne w drodze środków ochrony prawnej. Tym samym umorzenie postępowania powoduje, że pomiędzy Stronami tego postępowania zostaje zniesiony spór w sposób przewidziany przepisami prawa.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w sposób odrębny nie reguluje kwestii oświadczeń woli, w tym ich skuteczności, wad, formy oraz możliwości ich odwołania. Oznacza to, iż na zasadzie odesłania ujętego w treści art. 14 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do kwestii nieuregulowanych w ustawie Pzp stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025, 1104 i 1629) oraz ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sędzię polubownym.

Zgodnie z doktryną prawa cywilnego niemalże każde oświadczenie woli może zostać odwołane – jednakże skuteczność odwołania oświadczenia woli nie jest bezwarunkowa i w tym zakresie Ustawodawca wprowadził stosowne regulacje.

Zgodnie z treścią art. 61. § 1 ustawy Kodeks cywilny *Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.*

Regulacja ta ma na celu ochronę pewności obrotu prawnego, w tym ma chronić uczestników tego obrotu przed pozostawaniem w nieokreślonym czasie w niepewności prawnej, co do ich sytuacji podmiotowej będącej wynikiem złożenia przez osobę trzecią oświadczenia woli o określonej treści.

Mając na uwadze powyższe cofnięcie przez Zamawiającego i Odwołującego złożonych na posiedzeniu oraz rozprawie oświadczeń woli należy uznać za bezskuteczne. Po pierwsze jak wskazał na rozprawie Odwołujący ustawa Pzp nie przewiduje możliwości cofnięcia tego typu oświadczeń woli. Zatem w tym wypadku kwestia ta regulowana jest w całości przez przepisy ustawy Kodeks cywilny.

Izba nie podzieliła zatem argumentacji Zamawiającego przedstawionej na rozprawie, w ramach której zostało wskazane, że: *W zakresie cofnięcia oświadczenia wskazuje, że jako pełnomocnik będący umocowanym do jego złożenia ma również prawo wycofać złożone oświadczenie. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku skierowanych do wykonawcy wezwań, gdyż one mogą pozostać cofnięte, np. na skutek wydania przez Izbę orzeczenia, Zamawiający ponadto nie jest związany dokonywanymi czynnościami.*



Tym samym złożone na posiedzeniu i rozprawie oświadczenia woli są prawnie wiążące, zostały złożone w przewidzianej formie oraz przez osoby właściwie umocowane przez Strony postępowania odwoławczego. Wywołały one zatem przewidziane prawem skutki, zarówno materialne, jak i procesowe.

Mając na uwadze powyższe oświadczenia te stanowią podstawę do umorzenia w części postępowania odwoławczego – co znalazło swoje odzwierciedlenie w sentencji niniejszego orzeczenia.

W tym miejscu Izba wskazuje, mając na uwadze niejednoznaczne stanowisko prezentowane na posiedzeniu i rozprawie, iż na skutek złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów nr 2 obejmującego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu w przedmiocie doświadczenia wykonawcy oraz w zakresie zarzutu nr 4 obejmującego art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, stosownie do treści art. 186 ust. 3 i 3a zdanie 2 ustawy Pzp Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Pełnomocnik tego ostatniego miał bowiem trudności z określeniem, jakie czynności zostały w tym zakresie poczynione przez Zamawiającego.

#### **Zarzut nr 1 – Harmonogram prac i płatności**

Odnosząc się do zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obejmującego fakt niewypełnienia przez Przystępującego Harmonogramu Prac i Płatności wskazać należy, że dokument ten jest fragmentem treści oferty – a więc zawierającym oświadczenie woli Przystępującego. Powyższego nie zmienia fakt, iż jak wskazał na etapie rozprawy Pełnomocnik Zamawiającego, trudno jest uzasadnić jego wprowadzenie do postępowania. Jako dokument zawierający klasyczne oświadczenie woli wykonawcy posiada w postępowaniu określone znaczenie, zgodne w postanowieniami wskazanymi w treści odwołania. Jak podniósł Odwołujący: *„(...) intencją Zamawiającego było, aby wykonawcy składając ofertę dokonali wskazania, jakie kwoty mają być płatne przez Zamawiającego wykonawcy za wykonanie poszczególnych etapów płatności w terminach: 10.06.2019, 05.08.2019, 06.09.2019 r. Zgodnie z § 4 ust. 4.3. wzoru umowy - Faktury VAT będą wystawiane za zrealizowane i odebrane etapy Prac (wykonane w ramach poszczególnych Kamieni Milowych), zgodnie z Harmonogramem Płatności, stanowiącym Załącznik nr 2 Tabela nr 2 do Umowy, na podstawie Protokołów Odbioru Częściowego lub Protokołu Odbioru Końcowego. Jak wskazał Odwołujący załącznik nr 2 do Umowy stanowi dokładne odwzorowanie Załącznika nr 4 do SIWZ. Nie ulega wątpliwości, zdaniem Odwołującego, że złożony w ramach Oferty załącznik na etapie zawierania umowy miał zostać do niej bezpośrednio przetransponowany.”*

Brak wypełnienia kwot w Harmonogramie Prac i Płatności nie było okolicznością sporną. Jednakże, jak wskazał Odwołujący i co znalazło potwierdzenie w aktach postępowania,

Zamawiający do jego uzupełnienia zastosował art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które swoje zastosowanie znajduje tylko i wyłącznie w odniesieniu do dokumentów podmiotowych i przedmiotowych (vide art. 25 ustawy Pzp) – a nie do dokumentów będących nośnikami merytorycznej treści oferty. Zatem wykorzystanie tej instytucji do uzupełnienia braków treści oferty było działaniem niedopuszczalnym. Jeżeli moglibyśmy mówić o możliwości konwalidacji tego braku jedynym przepisem, którego zastosowanie mogłoby być brane pod rozwagę, byłby art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednakże aby znalazł on zastosowanie, po pierwsze stwierdzony brak musiałby być wynikiem omyłki powodującej niezgodność treści oferty z treścią SIWZ i po drugie w samej dokumentacji postępowania istniałyby postanowienia, wobec których wystąpiła ta niezgodność z jednoczesną możliwością ich poprawienia samoistnie przez Zamawiającego. Brak wypełnienia jednego z załączników do oferty może być uznany za omyłkę, zaś sama SIWZ nakazywała w pkt 20.2. złożenia Zamawiającemu wypełnionego i podpisanego Formularza Oferty wraz z załącznikami, zaś sam wzór Formularza Oferty (załącznik nr 4 do SIWZ) odnosił się do konieczności złożenia załącznika nr 2 w postaci Harmonogramu Prac i Płatności. Jego niewypełnienie przez Przystępującego w zakresie kwot stanowiło niezgodność z ww. wymaganiami SIWZ.

Następnie ustalenia wymaga, czy Zamawiający mógł, działając na podstawie wskazanego wyżej art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, samodzielnie dokonać uzupełnienia tego formularza. Jak wskazywał na rozprawie, że: *„Nie zgadza się z Odwołującym, że ten harmonogram nie mógł zostać uzupełniony przez wykonawcę, zawarte w nim informacje znajdowały się już w ofercie Przystępującego, a zatem istniała możliwość przeniesienia kwoty z załącznika nr 1 (formularz cenowy) do tabelki znajdującej się w załączniku nr 2 (harmonogram płac i płatności). Wezwanie nie powodowało zmiany w treści oferty, i gdyby poddać analizie te wartości, które znajdują się w uzupełnionym harmonogramie są to te same kwoty, które znajdowały się w formularzu cenowym i zostały one przeniesione do załącznika nr 2. Zamawiający w załączniku nr 2 narzucił wykonawcy zakresy i daty, zaś wykonawcy musieli uzupełnić tylko wartości, które znajdowały się w formularzu cenowym. Taka czynność nie mogła prowadzić do manipulacji i stąd zasadne było wezwanie do uzupełnienia, które nie doprowadziło do zmiany merytorycznej treści oferty.”*

Zamawiający podniósł również, że:

*W zakresie zarzutu nr 1 nie zgadza się z tezami Odwołującego o braku możliwości identyfikacji kwot z formularza cenowego, o powyższym świadczy treść nagłówków, co powoduje, że są one identyfikowalne i tożsame. Jako przykład wskazuje pozycje 21 i 22 zatytułowane ”wymiana gotowych odcień pary”, które możemy również identyfikować w załączniku nr 2 (zawarta tam jest ta sama treść opisu). Cytuje kolejną pozycję załącznika, którego wartość wynosi 109 176,35 złote, zatem miał możliwość uzupełnienia tego braku, nie doszło tym samym do zmiany merytorycznej treści oferty. Istniała możliwość uzupełnienia tej*

*pozycji i szacowania tej czynności. Wskazuje, że zbytni formalizm nie może przesądzać o odrzuceniu oferty. Gdyby nie było możliwości identyfikacji tych pozycji, co miałyby miejsce w przypadku, gdyby wykonawca miał swobodę wpisywania dat i kwot, taka czynność nie miałaby miejsca.*

Jak wskazał Odwołujący w treści odwołania tym samym należy mieć też na uwadze, że Zamawiający w SIWZ nie zawarł żadnych wytycznych, czy wskazówek w jaki sposób należy uzupełnić rzeczony załącznik.

W ocenie Odwołującego tymczasem, wykonawca - ZRE Katowice nie zastosował się do pkt 20.2. SIWZ i nie wypełnił w ramach złożonej oferty ww. załącznika, a miejsca, które określają kwoty poszczególnych płatności pozostawił puste. W związku z tym, jak zostało wskazane w uzasadnieniu odwołania, treść jego oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i jako taka oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba odnosząc się do powyższych twierdzeń poddała szczegółowej analizie oba wskazane przez Zamawiającego dokumenty, tj. załącznik nr 1 do Formularza Oferty (Formularz Cenowy) oraz załącznik nr 2 do Formularza Oferty (Harmonogram Prac i Płatności). Izba ustaliła, że wskazane przez Zamawiającego okoliczności znajdują potwierdzenie w ww. dokumentach. Zatem istniała możliwość uzupełnienia Harmonogramu prac i płatności samoistnie przez Zamawiającego w oparciu o dane zawarte w Formularzu Cenowym. Zawarte tam pozycje rozbicia ceny ofertowej (Szczegółowa wycena prac) odpowiadają pozycjom wskazanym w Tabeli nr 2 Harmonogramu płatności. Jednakże dokonana przez Izbę weryfikacja zawartych tam wartości pozwoliła na ustalenie, że Przystępujący przedstawiając ten dokument w wyniku uzupełnienia, w sposób nieprawidłowy przeniósł te kwoty lub dokonał nieprawidłowego sumowania w ramach terminów odbioru, tj. dla daty 10.06.2019 r. oraz dla daty 06.09.2019 r. Dodatkowo, jak wynika z wcześniejszych wywodów Izby, Zamawiający zastosował nieprawidłową podstawę prawną dla konwalidacji tego braku w ofercie Przystępującego.

Stąd też Izba uwzględniła ten zarzut jedynie w części, tj. uznała, że istnieje możliwość poprawienia tej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – a więc żądanie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest na tym etapie przedwczesne i zbyt daleko idące. Choć na chwilę obecną nadal istnieje rozbieżność pomiędzy treścią oferty Przystępującego a treścią SIWZ na skutek niewłaściwego sposobu poprawienia przez Zamawiającego omyłki i faktu, iż Przystępujący w drodze niedozwolonego uzupełnienia dokumentu wadliwie przeniósł kwoty z Formularza cenowego Zamawiającego winien, przed ewentualnym odrzuceniem oferty, zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Zamawiający powinien samodzielnie dokonać przeniesienia

wartości z Formularza Cenowego (działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), wraz z ich zsumowaniem i powiadomieniem o tym Przystępującego – umożliwiając mu skorzystanie z prawa wynikającego z treści art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Taki sposób rozpoznania zarzutów zawartych w odwołaniu jest możliwy i wynika z faktu, iż postępowanie odwoławcze opiera się na zasadach mających swoje źródło w przepisach postępowania cywilnego. Zgodnie z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp *„Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.”*

Przepisy regulujące postępowanie cywilne nie obligują powoda do wskazania podstawy prawnej dochodzonego roszczenia. Zakres rozpoznania sprawy cywilnej wyznacza podstawa faktyczna (podkreślenie Izby), określona przez powoda. Zgodnie z art. 187 § 1 ustawy Kodeks postępowania cywilnego pozw powinien czynić zadość warunkom pisma procesowego, a nadto zawierać w szczególności przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (podkreślenie Izby). Jak wynika z doktryny przytoczenie w pozwie podstawy prawnej dochodzonego roszczenia nie jest obligatoryjnym elementem pozwu, ale często powód chcąc już na tym etapie postępowania przekonać sąd, że ma rację, przytacza podstawę prawną dochodzonego roszczenia - takie przytoczenie podstawy prawnej nie jest jednak wiążące ani dla powoda ani też dla sądu.

Na podstawie analizy orzecznictwa sądowego można dojść do przekonania, że *obowiązkiem sądu jest wprawdzie wyjaśnienie wskazanych w pozwie podstaw żądania, jednakże w każdym przypadku sąd będzie działać jedynie w ramach przytoczonych przez profesjonalnego pełnomocnika podstaw faktycznych powództwa. Powód zgodnie z zasadą iura novit curia nie jest zobowiązany do przytoczenia podstawy prawnej roszczenia. Jeżeli z powołanych w pozwie okoliczności faktycznych wynika, że roszczenie jest uzasadnione w całości bądź w części, to należy go w takim zakresie uwzględnić, chociażby powód nie wskazał podstawy prawnej albo przez niego przytoczona okazała się błędna* (vide: Wyrok Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2006 r., IV CSK 269/06, LEX nr 233045).

Stąd też Izba rozpoznając odwołanie jest zobligowana, w ramach swojej kognicji, do subsumpcji ustalonego w sprawie stanu faktycznego do właściwych wzorców kontroli w postaci przepisów ustawy Pzp, jak również przepisów powiązanych z nią ustaw i dokonania w tym wypadku procesu stosowania prawa celem rozpoznania zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu. Mając na uwadze powyższe Izba w ramach zarzutu odnoszącego się do braku wypełnienia Harmonogramu prac i płatności (zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) i niewłaściwego trybu uzupełnienia tego braku w ofercie Przystępującego uznała za przedwczesne i zbyt daleko idące żądanie odrzucenia tej oferty na tym etapie postępowania,

nakazując Zamawiającemu zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – stosownie do okoliczności faktycznych stwierdzonych w toku postępowania.

### **Zarzut nr 3 – zaniechanie wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp) w zakresie warunku**

Odnosząc się do zarzutu związanego ze spełnieniem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy Izba wskazuje, że treść tego warunku (pkt 15.6.3 ppkt a) SIWZ) referuje zarówno do pojęcia „zadanie”, jak również odnosi się do pojęcia „rurociągu wysokoprężnego”. Treść tego warunku ma bowiem następujące brzmienie: *Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że: posiada doświadczenie w realizacji trzech (3) zadań w zakresie remontów, napraw armatury, rurociągów **wysokoprężnych** oraz ich elementów w okresie ostatnich 5 lat.*

Mając na uwadze powyższe, odnieść się należy do wykazu zrealizowanych usług, wskazanego w treści oferty Przystępującego. Przystępujący w wykazie dołączonym do oferty wskazał w nim następujące zadania:

1. Remont kapitalny rurociągów i armatury w obrębie maszynowni bloku nr 1 i 5 dla Tauron Wytwarzanie S.A. (pozycja dot. wartości zrealizowanych usług wskazuje, że chodzi w wypadku o maszynownię bloku nr 1)
2. Remont kapitalny rurociągów i armatury w obrębie maszynowni bloku nr 1 i 5 dla Tauron Wytwarzanie S.A. (pozycja dot. wartości zrealizowanych usług wskazuje, że chodzi w tym wypadku o maszynownię bloku nr 5)
3. Budowa Zakładu Unieszkodliwienia Odpadów Komunalnych ZUOK w Białymstoku - dla Budimex S.A.
4. Modernizacja rurociągów i armatury na układzie wody obiegowej w EC Siekierki w Warszawie dla PGNiG Termika S.A.

W odniesieniu do zadań oznaczonych numerami 1 i 2 Odwołujący wskazał, że podział jednego zadania zrealizowanego w Elektrowni Jaworzno nie ma uzasadnionych podstaw i z treści referencji wynika, że było to jedno zadanie. Na okoliczność przeciwną Zamawiający przedstawił dowód w postaci dwóch odrębnych protokołów odbioru dla każdego bloku wskazując, że z dokumentu tego wynika, iż realizacje bloku nr 1 i 5 stanowią odrębne zadania. Odnosząc się do ww. dowodów Izba wskazuje, że w ich treści (kolumna nr 6 tabeli – Uwagi i zastrzeżenia stron) wskazano, że są to protokoły końcowe – co nastąpiło przez skreślenie słowa „częściowy” – a zatem możemy w tym wypadku mówić o dwóch odrębnych zadaniach (nawet jeżeli ich źródłem jest jedna umowa cywilnoprawa). Poddając analizie treść warunku wskazać należy, iż Zamawiający nigdzie nie sprecyzował jak należy rozumieć pojęcie „zadania”. Oznacza to, iż w tym wypadku powinno mieć zastosowanie potoczne

znaczenie tego zwrotu – a co za tym idzie realizacja poszczególnych bloków Elektrowni Jaworzno może być uznana za pojedyncze zadanie wpisujące się w treść przedmiotowego warunku. Oznacza to zatem, że nie sposób zarzucić Przystępującemu sztucznego podziału jednego zamierzenia inwestycyjnego, gdyż na możliwość takiego sposobu prezentacji usług remontowych pozwalał sam warunek.

W zakresie dwóch pozostałych pozycji wykazu, tj. Budowy Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych ZUOK w Białymstoku oraz modernizacji rurociągów i armatury na układzie wody obiegowej w Elektrociepłowni Siekierki w Warszawie dla PGNiG Termika S.A., w ocenie Izby, mimo złożenia dowodu w postaci dokumentów odnoszących się do zakresu rzeczowo - finansowego (wraz z zestawieniem urządzeń do montażu) dla zadania nr 3 wykazu oraz wyjaśnień pełnomocnika Zamawiającego o tożsamości o uznaniu wystarczającego skomplikowania i tożsamości zadań nr 3 i 4 wykazu, wątpliwości związane z dokonaną przez Zamawiającego prawidłowością oceny spełnienia warunku przez Przystępującego nie zostały rozwiane. Otóż przedmiotem zamówienia jest *realizacja remontu, napraw armatury, rurociągów wysokopreżnych oraz ich elementów* (podkreślenie Izby). Analiza zakresu przedmiotowego, w tym Formularza Cenowego, wskazuje, że przedmiotem prac są objęte rurociągi i wysokoparametrowa armatura spawana (o ciśnieniach sięgających 250 bar i ciśnieniu roboczym na poziomie 162 barów) – co wymaga od wykonawców, nie tylko umiejętnego montażu takiej armatury, lecz także demontażu, pomiaru, wykonania spoin łączących wraz z ich obróbką cieplną, lecz przede wszystkim jej prawidłowej wysokospecjalistycznej diagnostyki wykonanych doczołowych spoin (badań RT, UT, MT i TW). Zatem to wartość ciśnienia pracy instalacji, w tym konieczne do wykonania ocena stanu istniejącej infrastruktury i specjalistyczne czynności diagnostyczne decydują o specyfice tego zamówienia. Oznacza to, że objęte niniejszym zamówieniem prace, przez sam fakt, że obejmują one rurociągi i armaturę wysokich parametrów ciśnieniowych, wymagają w tym zakresie również specyficznego doświadczenia – a zatem wskazanie tej okoliczności w treści warunku było, w ocenie Izby, okolicznością nieprzypadkową i w pełni uzasadnioną. Zamawiający zaś, w ocenie Izby, nie zweryfikował, czy wskazane w treści wykazu w ofercie Przystępującego zadania z poz. 3 i 4 odpowiadają postawionym w SIWZ wymaganiom.

Jak słusznie wskazał Odwołujący „(...) należy zwrócić uwagę, że w przedmiotowym postępowanie instalacje, które mają być objęte pracami tj. Instalację pary świeżej BC-3 oraz Instalację odwodnień turbinowych i WP cechuje ciśnienie nominalne w wysokości 13,5 MPa tj. ok. 128 atmosfer (ponad 36 x więcej niż w przypadku urządzeń w układzie wody obiegowej). Z kolei ciśnienie nominalne w obrębie instalacji wody zasilającej BC-3 wynosi 18 atmosfer, natomiast maksymalne ponad 207 atmosfer (21,5 MPa). Informacje te wprost zawarte są w załączniku nr 1 do SIWZ - specyfikacji technicznej - opis przedmiotu

*zamówienia. Stąd, zdaniem Odwołującego, w sposób oczywisty doświadczenie nabyte przy modernizacji na układzie wody obiegowej nie przystaje do specyfiki prac, jaka ma być objęta przedmiotem zamówienia. Jak wskazał Odwołujący Zamawiający celowo i adekwatnie do przedmiotu zamówienia wymagał doświadczenia przy remontach, naprawach armatury, rurociągów **wysokoprężnych**, mając na uwadze specyfikę urządzeń, jakie będą objęte pracami objętymi przedmiotowym zamówieniem.”*

Izba podzieliła ww. stanowisko Odwołującego, uznając, że prezentowane tam tezy nie wymagają dowodu i mogą zostać ocenione jako wpisujące się w doświadczenie życiowe. Argumentacja ta jest bowiem wystarczająca do uznania, że działania Zamawiającego w postaci zaniechania nie doprowadziły do jednoznacznego ustalenia, czy wskazane przez Przystępującego zadania „wpisują się” w treść postawionego warunku. Choć w niektórych wypadkach istnieje możliwość utożsamienia dostawy i zabudowy urządzeń oraz armatury z pracami remontowymi, to jednak kwestia ta, z przyczyn wskazanych powyżej, powinna podlegać szczególnej analizie Zamawiającego. W szczególności odnosi się to do sytuacji, gdy przedmiotem remontu jest wysokociśnieniowa instalacja, w tym rurociągi i armatura, wymagające ich łączenia przez zgrzewanie lub spawanie z jednoczesną koniecznością wykonania wysokospecjalistycznych badań diagnostycznych dla wykonanych spoin.

Tym samym, mając na uwadze stan rzeczy stwierdzony przez Izbę w toku postępowania, w tym brak dookreślenia przez Zamawiającego w wyniku uwzględnienia zarzutu nr 2 (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), co do zakresu wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów Izba uznała, że zarzut z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp potwierdził się w części, zaś samo żądanie, analogicznie jak w przypadku zarzutu nr 1, jest na tym etapie postępowania żądaniem przedwczesnym – a zatem Zamawiający winien, w pierwszej kolejności, wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów pozwalających na ustalenie, czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu i czy nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Choć Zamawiający w toku rozprawy złożył oświadczenie woli o uwzględnieniu zarzutu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do omawianego warunku udziału wycofał to oświadczenie (uznane przez Izbę za pozbawione skutków prawnych), nie będąc jednocześnie w stanie określić, jakie czynności zostały już dokonane w tym zakresie.

Dokonując zaniechanych czynności Zamawiający winien mieć na uwadze nie tylko treść warunku, lecz również zakres rzeczowy zadania – w szczególności charakterystyczne dla instalacji wysokociśnieniowych czynności diagnostyczne i remontowe. Spełnienie tego warunku przez Przystępującego powinno zostać ocenione w kontekście normy prawnej ujętej w treści art. 22 ust. 1a w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

#### **Zarzut nr 5 – brak udostępnienia protokołu**

W zakresie zarzutu z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż Zamawiający w treści SIWZ przewidział w Rozdziale 2 SIWZ zatytułowanym „INFORMACJE O SPOSOBIE KOMUNIKACJI Z WYKONAWCAMI” w pkt 2.2., iż: *W Postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w szczególności składanie wniosków oraz oświadczeń, w tym Oświadczenia Wstępne odbywa się wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej tj. portalu zakupowego eB2B: <https://pgeenergiasiepla.eb2b.com.pl> (dalej zwany Portalem Zakupowym).*

Choć rzeczywiście w treści ogłoszenia o zamówieniu został wskazany adres poczty elektronicznej nie należy go utożsamiać z rzeczoną platformą. Wdrożenie, w wyniku implementacji dyrektyw UE, elektronizacji zamówień publicznych, co do zasady przewidywało, jako sposób komunikacji, wykorzystanie specjalistycznych narzędzi internetowych, w tym wszelkiego rodzaju platform zakupowych lub portali komunikacyjnych. Stąd też wykonawca, który przystąpił do udziału w postępowaniu, pobrał dokumentację tego postępowania, i co najważniejsze złożył przy wykorzystaniu tej platformy ofertę, na dalszym etapie postępowania powinien wykorzystywać właśnie to narzędzie do komunikacji z Zamawiającym.

Stąd też Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że treść ogłoszenia o zamówieniu mogła wprowadzić wykonawców w błąd. Postanowienia treści SIWZ w tym zakresie były jednoznaczne i stanowcze, gdyż Zamawiający wskazał w Rozdziale 2 SIWZ pkt 2.2., że komunikacja ta odbywa się wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, tj. portalu zakupowego eB2B (podkreślenie Izby).

Mając na uwadze powyższe złożenie przez Odwołującego wniosku przy użyciu tej platformy w dniu 05.03.2019 r. i jego realizacja w dniu 07.03.2019 r. nie stanowiły naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów, w tym w szczególności art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Okoliczność ta nie miała i również nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania, w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp oraz na skuteczność wniesienia środka ochrony prawnej.

### **Zarzut nr 6 – nierówne traktowanie wykonawców**

Jak wynika z treści odwołania Odwołujący naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wiąże z bezpodstawnym dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta powinna podlegać odrzuceniu. Jednakże Izba, poddając analizie tak postawione zarzuty związane z brakiem wypełnienia przez Przystępującego Harmonogramu Prac i Płatności oraz brakiem jednoznacznego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, uznała, że związane z nimi żądania są przedwczesne i zbyt daleko idące.



Nadto aby mogło dojść do wykazania przez Odwołującego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący winien wykazać, że Zamawiający w odmienny sposób potraktował wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej (zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji), lub że podjął nieproporcjonalne działania do celu jaki chciał osiągnąć (zasada proporcjonalności) lub naruszył zasadę transparentności postępowania. W ocenie Izby do wykazania takich okoliczności nie doszło, gdyż Odwołujący w zakresie tego zarzutu nie przedstawił żadnej argumentacji – zaś brak jest w stwierdzonym stanie faktycznym podstaw do automatycznego uwzględnienia tego zarzutu, będącego konsekwencją uwzględnienia innych zarzutów odwołania. Analogiczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do zarzutu z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż jak stwierdziła Izba zamówienie nie zostało jeszcze udzielone któremukolwiek wykonawcy. Postępowanie znajduje się bowiem na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

