

Sygn. akt: KIO 2272/19

WYROK
z dnia 25 listopada 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 21 listopada 2019 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2019 roku przez wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna spółka akcyjna z siedzibą w Bełchatowie

przy udziale wykonawcy Inżynieria Rzeszów spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2272/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu – w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Rozbudowa oczyszczalni ścieków - Program dostosowania jednostek wytwórczych PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Turów do konkluzji BAT*” – odrzucenie oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na nieuwzględnienie w etapie 12 Harmonogramu Rzeczowo – finansowym Ruchu Regulacyjnego.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.

1. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna spółka akcyjna z siedzibą w Bełchatowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna spółka akcyjna z siedzibą w Bełchatowie na rzecz wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem 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 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna spółka akcyjna z siedzibą w Bełchatowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Rozbudowę oczyszczalni ścieków - Program dostosowania jednostek wytwórczych PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Turów do konkluzji BAT*”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 maja 2019 roku pod numerem 2019/S 091-220543.

8 listopada 2019 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust.1 w zw. z art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego zaistniałych w Postępowaniu, polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty Inżynierii Rzeszów (ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów), dalej jako *Wykonawca IR* lub *Inżynieria Rzeszów*).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy IR mimo, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), a błędów i braków tej oferty nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego przez nieprawidłowe zakwalifikowanie niezgodności w ofercie Wykonawcy IR, jako omyłek podlegających poprawieniu w trybie tego przepisu oraz bezpodstawne dokonanie poprawy tych niezgodności jako oczywistych omyłek pisarskich w ofercie Inżynierii Rzeszów, a w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia tej oferty jako zawierającej zobowiązanie do świadczenia niemożliwego do spełnienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy i art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z §7 ust. 1 pkt 1 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. dalej jako „Rozporządzenie o dokumentach”) przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy IR, który nie wykazał spełnienia warunków udziału i braków podstaw do wykluczenia przez niezłożenie prawidłowych dokumentów potwierdzających, iż podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się w Postępowaniu, nie podlega wykluczeniu

na podstawie przesłanki obligatoryjnej z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp a jednocześnie zaniechanie wezwania do uzupełnienia tych dokumentów;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia o dokumentach przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy IR, który nie złożył aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających, iż podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się w Postępowaniu, nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanki obligatoryjnej z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, a jednocześnie zaniechanie wezwania do poprawienia lub uzupełnienia tych dokumentów.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności zakończenia dokonania badania i oceny ofert z wynikiem pozytywnym w stosunku do wszystkich oferentów;
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
 - odrzucenia oferty Inżynierii Rzeszów w oparciu o podstawy faktyczne i prawne wskazane w niniejszym Odwołaniu;

a w sytuacji nieuwzględnienia zarzutów nr 1 i 2

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w odniesieniu do oferty Inżynierii Rzeszów i wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotu trzeciego HIDROFILT WATER TREATMENT LTD. z siedzibą w H-8800 Nagykanizsa, Magyar st. 191, Węgry, w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp i w zależności od wyników tej czynności podjęcie dalszych czynności zgodnie z ustawą Pzp.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem złożył w Postępowaniu ofertę spełniającą wszelkie wymagania formalne i merytoryczne. Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty Inżynierii Rzeszów, mimo iż oferta ta nie odpowiada wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera braki, których nie da się sanować zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Brak odrzucenia oferty Wykonawcy IR powoduje, iż Wykonawca ten będzie brał udział w aukcji elektronicznej, która może w dalszej kolejności doprowadzić do wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej. Pozostawienie oferty Inżynierii Rzeszów w Postępowaniu tworzy realne zagrożenie, iż to właśnie oferta tego Wykonawcy, a nie Odwołującego, zostanie uznana za najkorzystniejszą i dojdzie do zawarcia umowy z tym Wykonawcą. Budimex posiada zatem interes we wniesieniu odwołania z uwagi, iż dalsze pozostanie Wykonawcy IR w Postępowaniu realnie zagrozi w pozyskaniu przez Budimex zamówienia a ponadto Odwołujący ma interes w odrzuceniu oferty Wykonawcy IR jako niezgodnej z przepisami ustawy Pzp i naruszającej zasady praworządności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Ad. 1 niezgodność treści oferty Wykonawcy IR ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, których to błędów i braków w ofercie nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Inżynieria Rzeszów złożyła ofertę na którą składał się m.in. wypełniony załącznik nr 5, 9 i 10 do SIWZ. O tym, że informacje zawarte w tych załącznikach stanowią niepodlegającą negocjacom i uzupełnieniu treść oferty stanowi rozdział 15 pkt. 15.4 SIWZ:

Na ofertę składa się:

15.4.2 Wypełniony Harmonogram Rzeczowo-Finansowy opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym (Załącznik nr 5 do SIWZ). Wykonawca jest zobowiązany do podania w tym załączniku dat zakończenia Etapem Realizacji;

15.4.3 Wypełniony Załącznik nr 9 do SIWZ -Parametry Techniczne.

1.1. Harmonogram Rzeczowo-Finansowy

Odwołujący podał, że terminy wskazane w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym są istotne z punktu widzenia prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający żądał podania ich już w ofercie statuując, że stanowią one *essentialia negotii* treści oferty i przyszłego zobowiązania Wykonawcy. Wykonawca IR złożył Harmonogram zawierający terminy nierealne, uniemożliwiające prawidłową realizację zamówienia publicznego zgodnie z metodologią wymaganą przez Zamawiającego, która szczegółowo została opisana w SIWZ, PFU.

Zamawiający określił w SIWZ, Załączniku nr 1 (PFU) wymagania dla realizacji poszczególnych etapów projektu, które powinny mieć swoje odzwierciedlenie w proponowanym przez Wykonawcę Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym. Między innymi, Zamawiający szczegółowo opisał metodologię przebiegu Rozruchu, Ruchu Regulacyjnego i Ruchu Próbnego, która nie została uwzględniona - biorąc pod uwagę założony czasookres - w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym Wykonawcy IR, tym samym stanowiąc, że oferta jest niezgodna z SIWZ.

Rozruch

Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 (PFU), rozdział 3.11.1 oraz 3.11.2 Rozruch instalacji ma być przeprowadzony dwuetapowo i obejmować:

- Rozruch funkcjonalny tzw. „na zimno” czyli rozruch mechaniczny bez obciążenia czynnikami procesowymi, czyli bez wody, ścieków czy chemikaliów, a następnie po jego pozytywnym zakończeniu wykonane mają być

- Próby eksploatacyjne które mają na celu uruchomienie urządzeń i układów technologicznych z udziałem czynników procesowych (woda, ścieki, chemikalia) wraz z usunięciem wad, które uniemożliwiły urządzeń i instalacji. Warunkiem koniecznym do zakończenia Rozruchu jest nieprzerwalna 360-cio godzinna (15 ciągłych dni) praca uruchomionej instalacji z udziałem czynników procesowych.

Odwołujący wskazał, że nie jest dopuszczalne, przez Zamawiającego, prowadzenie jednoczesne jakichkolwiek prób.

Warunkiem wykonania kolejnej próby jest ukończenie poprzedzającej próby z pozytywnym wynikiem.

Zgodnie z wymaganą metodologią Zamawiającego określoną w PFU, najpierw musi być przeprowadzony rozruch funkcjonalny „na zimno” bez obciążania czynnikami procesowymi, a następnie próby eksploatacyjne „z obciążeniem” czynnikami procesowymi (tzn. wodą, ściekami, chemikaliami). Z przeprowadzonego rozruchu funkcjonalnego Wykonawca zobowiązany jest do sporządzenia protokołu zawierającego pozytywne wyniki uruchomień wszystkich urządzeń i instalacji oraz z przeprowadzonych testów funkcjonalności.

Następnie po przedłożeniu do Zamawiającego „Zgłoszenia do próby eksploatacyjnej” wykonawca może przystąpić do kolejnej fazy Rozruchu - prób eksploatacyjnych.

Na etapie prób eksploatacyjnych wymagany jest szereg czynności szczegółowo opisanych w SIWZ, Załącznik 1 (PFU), rozdziale 3.11.3, które uważane będą za zakończone wówczas gdy wszystkie układy technologiczne będą pracować prawidłowo z obciążeniem procesowym, czego potwierdzeniem musi być również protokół potwierdzający pozytywne wyniki uruchomień urządzeń i układów i dopiero wówczas Wykonawca może przystąpić do kolejnego etapu - Ruchu Regulacyjnego.

Zamawiający jasno określił minimalny czas działania instalacji w sposób nieprzerwalny, tj. 360 godz. na potrzeby przeprowadzenia samych prób eksploatacyjnych. Mając na uwadze powyżej wspomniany, a szczegółowo opisany w PFU szereg czynności i dokumentacji do opracowania na etapie Rozruchu, doświadczony Wykonawca powinien przewidzieć racjonalny, ale i technologicznie konieczny czas na przeprowadzenie rozruchu ponad 15 dni, mając na uwadze wymagane przez Zamawiającego przeprowadzenie rozruchu funkcjonalnego poprzedzającego próby eksploatacyjne.

Zarówno w ofercie Wykonawcy IR jak również w wyjaśnieniu złożonym przez Wykonawcę IR z dnia 22 października 2019 roku została zawarta informacja, że „w ramach” prób eksploatacyjnych będzie wykonywany Ruch regulacyjny, co jest całkowicie niezgodne z metodologią Zamawiającego, który nie dopuszcza łączenia poszczególnych etapów

Rozruchu i Ruchu regulacyjnego, jak również ich równoległego poprowadzenia. Ponadto Wykonawca IR nie przewidział w swoim Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym czasu na wykonanie prób eksploatacyjnych oraz Ruchu Regulacyjnego. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę IR jednoznacznie potwierdzają błędną metodologię polegającą na jednoczesnym prowadzeniu Ruchu Regulacyjnego podczas prób eksploatacyjnych.

Ruch Regulacyjny.

Ruch Regulacyjny również jest szczegółowo opisany przez Zamawiającego w rozdz. 3.13 PFU, z którego wynika, że może być przeprowadzony m.in. po obustronnie podpisanym protokole z zakończenia prób eksploatacyjnych z wynikiem pozytywnym. Na etapie Ruchu Regulacyjnego warunkiem koniecznym jest osiągnięcie Parametrów Gwarantowanych, wykonanie korekt, regulacji, dokonanie optymalizacji pracy instalacji oraz usunięcie wykrytych wad. Dopiero wówczas można przystąpić do kolejnego etapu, Ruchu próbnego. Zamawiający nie określił minimalnego czasu trwania Ruchu regulacyjnego jednak doświadczony Wykonawca powinien przewidzieć odpowiedni czas na wykonanie powyższych czynności i biorąc pod uwagę specyfikę niniejszego Postępowania czas ten wynosi minimum 14 dni. Zamawiający zwrócił uwagę w SIWZ, Załącznik 1, roz. 3.13 (10), że Ruch Regulacyjny winien być zakończony w terminie umożliwiającym przeprowadzenie kolejnej fazy - Ruchu Próbnego i Przejęcia Przedmiotu Umowy do Eksploatacji, co należy rozumieć w ten sposób, że czynności w ramach Ruchu Regulacyjnego powinny być realnie umiejscowione w czasie tak, aby odbyły się przed Ruchem Próbnym. Niedopuszczalnym przez Zamawiającego jest prowadzenie równoległe czynności Ruchu Regulacyjnego podczas prób eksploatacyjnych. Podnoszone przez Wykonawcę IR w wyjaśnieniu „regulacje i optymalizacje” instalacji mają mieć na celu uruchomienie urządzeń i układów, z tzw. obciążeniem czyli na ściekach, co jest dokładnie zawarte w PFU pkt. 3.13.3 i dotyczy etapu Rozruchu, a nie jak twierdzi Wykonawca IR, etapu Ruchu Regulacyjnego.

Zamawiający celowo rozdzielił całość czynności w ramach Rozruchu od Ruchu Regulacyjnego, ponieważ w myśl zapisów SIWZ PFU, rozdział 3.13, oraz wiedzy technicznej, warunkiem koniecznym do przystąpienia do czynności regulacyjnych w Ruchu Regulacyjnego jest prawidłowe uruchomienie wszelkich urządzeń i układów technologicznych w ramach Rozruchu. A następnie celem Ruchu Regulacyjnego jest właśnie dokonanie korekt, regulacji i optymalizacja pracy instalacji w celu osiągnięcia Parametrów Gwarantowanych, co technologicznie nie jest zasadne ani możliwe podczas prób eksploatacyjnych.

Ruch próbny.

Ruch próbny szczegółowo opisany jest w SIWZ, w Załączniku 1, roz. 3.14. oraz 3.15,

z czego wynika wprost, że warunkiem koniecznym jest bezawaryjna nieprzerwalna 720 godzinna (30 dni) praca instalacji potwierdzająca osiągnięcie Parametrów Gwarantowanych.

Reasumując powyższe, Odwołujący wskazał, że czas niezbędny na poszczególne fazy uruchomienia oczyszczalni powinien kształtować następująco: Rozruch Funkcjonalny - 15 dni; Rozruch Eksploatacyjny (Funkcjonalny z próbami eksploatacyjnymi) - 360 h = 15 dni; Ruch Regulacyjny - 14 dni; Ruch Próbny - 720 h = 30 dni. Łączna ilość dni: 74 dni, podczas gdy Wykonawca IR założył i zaoferował jedynie 30 dni.

Metodologia Wykonawcy IR jest nie tylko niezgodna z wymaganiami Zamawiającego jak również nielogiczna dla doświadczonego Wykonawcy, bowiem nie można przeprowadzić regulacji urządzeń technicznych, jeśli same urządzenia nie są uruchomione i gotowe do pracy. Nieprawdziwe i wprowadzające w błąd są zatem informacje wskazane w wyjaśnieniach Wykonawcy IR z dnia 22 października 2019 roku jakoby powyższe i poniższe fazy w tych Ruch Regulacyjny i Próbny mogły być prowadzone i trwać równolegle. Dowód: wyjaśnienia Wykonawcy IR z dnia 22 października 2019 r.

Uwzględniając powyższe, bezwzględnie obowiązujące wszystkich wykonawców postanowienia SIWZ i załączników do niej, należy zauważyć, że Harmonogram Rzeczowo - Finansowy przedłożony przez Inżynierię Rzeszów nie spełnia podstawowych wymagań SIWZ, co powoduje, że oferta ta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

1.2. Załącznik nr 9 do SIWZ - Parametry Techniczne

Zamawiający szczegółowo określił w SIWZ, Załączniku nr 9 (Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy 2) wymaganą listę obowiązkowych chemikaliów, dla których należało określić ilościowe zużycie odpowiednio dla węzłów D i E. Zgodnie z postanowieniami zawartymi w PFU w rozdziale 1.6.2.2 w ofercie należało podać ilościowe zużycie chemikaliów dla określonych przez Zamawiającego stężeń. Lista obowiązkowych chemikaliów zdefiniowana przez Zamawiającego obejmuje: Wodorotlenek wapnia $\text{Ca}(\text{OH})_2$, Koagulant (100%), Wodorotlenek sodu NaOH (100%), kwas solny HCl (100%), Kwasy cytrynowy (100%), Dechlorant (100%), Podchloryn sodu NaOCl (100%), Antyskalanta (100%), oraz inne wg Wykonawcy.

Inżynieria Rzeszów zaoferowała w Załączniku nr 9 zestawienie chemikaliów, których stężenia są niezgodne z wymaganymi przez Zamawiającego oraz w przypadku niektórych chemikaliów nie zostało podane stężenie w ogóle, wobec czego oferta nie spełnia wymagań siwz i powinna być odrzucona. O niezgodności treści oferty z siwz świadczą już same Wyjaśnienia IR złożone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z dnia 16 i 22 października 2019 roku, które potwierdzają nieprawidłowość oferty i wskazują, że doszło do zaistnienia omyłek

możliwych do poprawienia zgodnie z ustawą Pzp. Wyjaśnienia te ponadto wprowadzają w błąd sugerując, że doszło do nieistotnych omyłek w treści oferty, bowiem zmianę stężenia chemikaliów, a w konsekwencji ich ilości, można wywieść stosując zasady arytmetyczne. Odwołujący zauważył, że ilość reagentów chemicznych (materiału) nie jest stała i zależy od zastosowanego rozwiązania. Intencją Zamawiającego było uzupełnienie przez Wykonawców jednolitego wzoru tabeli, w której dla pewnego porównania, należało podać zużycie wszystkich reagentów o stężeniu 100 %. Nie jest oczywistym, że podanie chemikaliów w innym stężeniu powoduje zastosowanie jednolitej zasady przeliczenia na ilość, bowiem ta ilość zależy od obranego rozwiązania. Podanie ilości reagentów chemicznych stanowiło *essentialia negotii* oferty i każda zmiana w tym zakresie nie jest dopuszczalna.

Dowód: wyjaśnienia wykonawcy IR z dnia 16 i 22 października 2019 roku

Znamienne jest, iż Zamawiający otrzymując powyższe wyjaśnienia nie dokonał poprawy treści oferty bowiem każda jego ingerencja w zmianę ilości i parametrów, jakie miał zaoferować wykonawca w ofercie, wykraczałaby poza dyspozycję art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym, stan faktyczny sprawy sprowadza się do zaoferowania przez Inżynierię Rzeszów ilości i stężeń chemikaliów niezgodnych z wymogami dokumentacji przetargowej, do czego przyznał się sam Wykonawca IR w złożonych wyjaśnieniach i czego Zamawiający nie może poprawić w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Stan niezgodności oferty Wykonawcy IR z siwz nie został usunięty, co nakazuje wręcz odrzucić ją zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

1.3. Załącznik nr 10 do SIWZ - Maksymalne zanieczyszczenia w nadawie oraz skuteczność ich usuwania w Węźle D i Węźle E.

Wykonawca IR, w załączniku nr 10 do SIWZ, poz. 8 „Azot ogólny”, w kolumnie nr 5, wskazał iż zaoferowane przez niego rozwiązanie zapewni, szacunkowo, 7,5% skuteczność usuwania azotu.

W rozdz. 1.6.2.1 PFU Zamawiający określił parametry ścieków kierowanych do rzeki Miedzianki, przez wskazanie maksymalnych stężeń poszczególnych związków chemicznych i pierwiastków. W poz. 11, wskazane zostało iż stężenie w azotu ogólnego nie może przekroczyć wartości 3,5 mg N (azotu) na litr. Oferta Inżynierii Rzeszów nie gwarantuje spełnienia wskazanych powyżej wymogów. Uwzględniając treść oferty Wykonawcy IR, po dokonaniu odpowiednich wyliczeń, stężenie azotu po oczyszczeniu ścieków wyniesie 7,2 mg N na litr. W konsekwencji, zaoferowane parametry oczyszczania, dwukrotnie przekraczają maksymalne stężenie azotu ogólnego, wynikające z jednoznacznych postanowień PFU (stanowiącego część siwz).

Odwołujący wskazał, że niedopuszczalne jest poprawienie wskazanej niezgodności z siwz, jako omyłki, na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Inżynieria Rzeszów, w piśmie z dnia 16 października 2019 r., wskazała, iż wartość 7,5% stanowi oczywistą omyłkę pisarską (wartość powinna wynosić 75%). Z powyższym stanowiskiem nie można się jednak zgodzić. Niewątpliwie bowiem, za oczywistą omyłkę nie można uznać błędu, który nie został uchwycony przez samego Zamawiającego, a dodatkowo którego sposobu poprawy nie da się jednoznacznie i bezsprzecznie określić. Dodatkowo, rzekomej omyłki nie można zakwalifikować jako „innej omyłki” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wynika to z faktu, że brak jest podstaw do przyjęcia, że prawidłową liczbą powinno być 75%. Nie wynika ona bowiem z samego siwz, jak i z pozostałej części oferty. W konsekwencji, sugestię Wykonawcy IR powinny zostać zakwalifikowane jako negocjacje treści oferty, zakazane na podstawie art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy. W konsekwencji ofertę Inżynierii Rzeszów uznać należy za niezgodną z siwz oraz niepodlegającą poprawie.

Ad. 2. nieprawidłowe zakwalifikowanie terminów wskazanych w ofercie Wykonawcy IR, jako omyłek podlegających poprawieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz bezpodstawne dokonanie poprawy oczywistych omyłek pisarskich w ofercie Inżynierii Rzeszów.

Zamawiający pismem z dnia 31 października 2019 roku poinformował, iż dokonał poprawy oczywistych omyłek pisarskich w ofercie Wykonawcy IR w zakresie dwóch terminów wynikających z jego oferty. Poprawy tych omyłek dokonano po uprzednio złożonych wyjaśnieniach przez Inżynierię Rzeszów, bez których to wyjaśnień zasadniczo Zamawiający nie miał by żadnych podstaw aby dokonać poprawy terminów realizacji Etapu I i II (załącznik nr 5 z SIWZ w ofercie IR wiersz 1 i 2). Sam fakt poprawy terminów po uprzednim wezwaniu Wykonawcy IR i braku możliwości ustalenia prawidłowych dat z treści złożonej oferty, dowodzi, że nie były to oczywiste omyłki pisarskie. Zamawiający naruszył, zatem dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy. Stanowisko powyższe znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie wskazał Odwołujący przykładowo wymieniając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1570/18, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2013 r., sygn. KIO 920/13.

Odwołujący wskazał, że uznać należało że poprawa omyłki, dokonana przez Zamawiającego, znacznie wykroczyła poza uprawnienia wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy. Sam fakt, że Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy IR z wnioskiem o udzieleniu wyjaśnień jednoznacznie wskazuje na brak przymiotu „oczywistości” omyłki. Co więcej, jedyną podstawą do określenia sposobu poprawy omyłki jest, *de facto*, wyłącznie treść

złożonych wyjaśnień. Treść złożonej oferty (która zgodnie z cytowanymi orzeczeniami stanowić powinna wyłączną podstawę poprawy omyłek) nie daje natomiast żadnych podstaw do przyjęcia, że błędny jest wyłącznie rok, nie np. miesiąc. W konsekwencji, również w tym aspekcie nie można przyjąć, że omyłka Inżynierii Rzeszów jest oczywista.

Terminy konieczne do wskazania na podstawie załącznika nr 5 do SIWZ w wierszu nr 1 i 2 tj. odpowiednio Etapy realizacji zamówienia: 1. Wykonanie Projektu Podstawowego i Projektu Budowlanego oraz 2. Uzyskanie ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę - stanowiło istotną treść oferty. Terminy te miał podać Wykonawca, gdyż ani SIWZ ani PFU nie narzucało terminów realizacji tych dwóch etapów. Tym samym czas realizacji tych zadań zależał od wykonawcy, który obowiązany był podać realny i obiektywnie możliwy czas na ich wykonanie. Z zapisów dokumentacji przetargowej nie wynikało do jakiego dnia i miesiąca czy roku ma nastąpić wykonanie dwóch pierwszych etapów, tym samym twierdzenie, iż doszło do omyłki jedynie co do roku ich wykonania, przy niezmiennym dacie dziennej i miesięcznej, jest tylko próbą wykreowania nieistotnej omyłki pisarskiej. Wykonawca IR w wyjaśnieniach z dnia 16 października 2019 roku zmienił treść oświadczenia woli złożonego w ofercie i wskazał, że wykona ww. etapy w terminie odpowiednio 31 sierpnia 2020 roku oraz 30 listopada 2020 roku (zamiast 2019 roku w obu przypadkach). Pierwotna treść oferty Wykonawcy IR nie dawała jednak podstaw do przyjęcia, jaki był prawidłowy termin wykonania tych Etapów oprócz tego, że terminy wskazane w ofercie były nierealne i powodowały nieważność oświadczenia woli w zakresie świadczenia niemożliwego do wykonania (art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 387§ 1 kodeksu cywilnego). Tym samym Zamawiający winien odrzucić taką ofertę jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów.

Ad. 3 zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy IR, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, poprzez niezłożenie prawidłowych dokumentów potwierdzających, iż podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się w Postępowaniu, nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanki obligatoryjnej z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy, a jednocześnie zaniechanie wezwania do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę będącego podmiotem zbiorowym, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. z 2019 r. poz. 628 i 1214). Ponadto art. 22a ust. 3 ustawy Pzp nakazuje również Zamawiającemu zbadanie, czy wobec podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp nie zachodzą enumeratywnie wymienione podstawy wykluczenia, w tym

wspomniana wcześniej przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt ustawy 1 Pzp. Wobec powyższego, w odpowiedzi na skierowane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy wezwanie z dnia 9 października 2019 r. wykonawca przedłożył oświadczenia i dokumenty w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w tym w odniesieniu do podmiotu trzeciego - Hidrofilt Kft, którego siedziba znajduje się na Węgrzech. Przechodząc bezpośrednio do analizy, czy wykonawca przedłożył dokumenty, które potwierdzają brak wystąpienia obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotu trzeciego - Hidrofilt Kft w pierwszej kolejności wyjaśnić należy, że na podstawie § 5 pkt 1 Rozporządzenia o dokumentach, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w m. in. art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp. W przypadku natomiast wykonawców mających siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (z którym mamy do czynienia w odniesieniu do podmiotu trzeciego - Hidrofilt Kft), zamiast dokumentu wymienionego w zdaniu poprzedzającym, na podstawie §7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia o dokumentach wykonawca składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp. Dodatkowo §7 ust. 3 Rozporządzenia o dokumentach przewiduje ponadto wyjątek, a mianowicie jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w zdaniu poprzedzającym, zastępuje się je oświadczeniem wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, w celu ustalenia jaki dokument potwierdza, że podmiot trzeci mający siedzibę na Węgrzech nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanki obligatoryjnej z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy, kluczowe jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy na Węgrzech można uzyskać informacje z odpowiedniego rejestru albo innego równoważnego dokumentu wydawanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy.

Jak wynika z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis, z którego Zamawiający powinien korzystać zgodnie z art. 26 ust. 7 ustawy, na Węgrzech istnieje urzędowy rejestr podmiotów, wobec których orzeczono sądowy zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne. Wobec powyższego, dokumentem potwierdzającym brak podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp wobec podmiotu trzeciego mającego siedzibę na Węgrzech jest wydruk z właściwego rejestru, którego Wykonawca IR nie przedłożył Zamawiającemu, a nie

oświadczenie złożone przed notariuszem. W myśl powyższego, przedłożony Zamawiającemu dokument oświadczenia podmiotu trzeciego (złożony przed notariuszem) w zakresie informacji, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy nie można uznać za wystarczający mając na uwadze treść przywołanego wcześniej §7 ust. 3 Rozporządzenia o dokumentach, który dopuszcza złożenie takiego oświadczenia tylko jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibą, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w §7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia o dokumentach. Zamawiający zaniechał wystosowania wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie złożenia prawidłowego dokumentu - odpowiednika polskiego KRK w stosunku do podmiotów zbiorowych, co w konsekwencji doprowadziło do niezbadania przesłanek wykluczenia i w dalszej konsekwencji zaniechania wykluczenia Wykonawcy IR i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy.

Ad. 4 zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy IR, który nie złożył aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających, iż podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się w Postępowaniu, nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanki obligatoryjnej z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp z jednoczesnym zaniechaniem wezwania do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

W świetle art. 26 ust. 1 ustawy Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Wobec powyższego w odpowiedzi na skierowane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy wezwanie z dnia 9 października 2019 r. wykonawca przedłożył oświadczenia i dokumenty w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w tym w odniesieniu do podmiotu trzeciego - Hidrofilt Kit, którego siedziba znajduje się na Węgrzech.

W celu wykazania braku podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy w odniesieniu do podmiotu trzeciego Hidrofilt Kft mającego siedzibę na Węgrzech wykonawca przedłożył dokument tłumaczony jako: „ *Urzędowe zaświadczenie o niekaralności* stanowiący węgierski odpowiednik wydawanej w Polsce informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla dwóch członków organu zarządzającego.

Z przedłożonych dokumentów wynika natomiast, że wystawione zostały dnia 29 maja 2019 r. oraz, że są ważne 90 dni od daty ich wystawienia. Tym samym przedłożone zaświadczenia utraciły ważność dnia 27 sierpnia 2019 roku, a zatem przed datą ich złożenia, wbrew

dyspozycji art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, który wprost stanowi, że dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa art. 25 ust. 1 ustawy Pzp powinny być aktualne na dzień ich złożenia.

O aktualności dokumentów lub oświadczeń wypowiedział się Urząd Zamówień Publicznych w opinii: „Dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy”. W ślad za wspomnianą opinią: „oświadczenia lub dokumenty „aktualne ” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, innymi słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie teraźniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności - adekwatnie do całego toku postępowania. Ponadto Urząd Zamówień Publicznych podkreśla, że: „na gruncie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp (a także art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) prawidłowe będzie złożenie oświadczeń lub dokumentów, wystawionych zgodnie z terminami wynikającymi z Rozporządzenia o dokumentach liczonymi wstecz od daty składania ofert (wniosków), o ile dokumenty te są nadal aktualne, tj. stan potwierdzony tymi oświadczeniami lub dokumentami nie uległ zmianie.” Tym samym, podczas gdy z przedłożonych dokumentów wprost wynika, iż utraciły ważność przed dniem ich złożenia błędne jest twierdzenie, iż są aktualne na dzień ich złożenia w rozumieniu art. 26 ust. 1 ustawy. Przychylając się do twierdzeń przywołanej wcześniej opinii Urzędu Zamówień Publicznych, Rozporządzenie o dokumentach stwarza bowiem jedynie domniemanie aktualności oświadczeń lub dokumentów, wynikające wprost z terminów wskazanych w Rozporządzeniu o dokumentach (dla zaświadczeń z KRK i odpowiedników z zagranicznych rejestrów - 6 miesięcy przed terminem składania ofert), które jak każde domniemanie może zostać obalone. W sytuacji, gdy złożone dokumenty materialnie utraciły ważność i wynika to wprost z ich treści, to ważność formalna w stosunku do terminów przewidzianych w Rozporządzeniu o dokumentach zostaje obalona i przestaje mieć znaczenie.

Reasumując, Wykonawca IR nie wykazał braku podstaw do wykluczenia wobec podmiotu trzeciego Hidrofilt Kft mającego siedzibę na Węgrzech. Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 26 ust 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do złożenia prawidłowych i aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, a w dalszej konsekwencji zaniechanie wykluczenia Wykonawcy IR i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 listopada 2019 roku.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciężar dowodu kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w *sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym z dnia 19 listopada 2019 roku *Odpowiedź na odwołanie*, jak również stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w piśmie z dnia 20 listopada 2019 roku *Pismo procesowe uczestnika postępowania odwoławczego – odpowiedź na odwołanie*. Izba uwzględniła również stanowisko Odwołującego zaprezentowane w piśmie z dnia 21 listopada 2019 roku – *Pismo odwołującego*.

Izba uwzględniła również stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- dowód nr 1 – wydruk ze strony <https://ec.europa.eu> (1 karta), kopia karty zatytułowanej Rejestr oferentów podlegających zakazowi uczestnictwa w procedurze udzielania zamówień wraz z tłumaczeniem (2 karty),
- dowód nr 2 – Protokół zakończenia gorącego rozruchu w nawiązaniu do procedury rozruchu, certyfikat zakończenia montażu (7 kart).

Izba dopuściła dowody złożone i zawnioskowane przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 19 listopada 2019 roku oraz uczestnika postępowania odwoławczego przy piśmie z dnia 20 listopada 2019 roku.

W odniesieniu do Ekspertyzy Technicznej załączonej do pisma procesowego uczestnika postępowania odwoławczego z dnia 21 listopada 2019 roku, stanowisko wyrażone w tej Ekspertyzie przyjęte jest jako stanowisko Strony.

VI.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania:

Ad.1.1

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Inżynieria Rzeszów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (dalej: IR) mimo, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a błędów i braków tej oferty nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w odniesieniu do Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego – Izba zarzut uznała za zasadny.

W odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazać należy, że oferta podlega odrzuceniu w sytuacji, gdy jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Badanie zgodności tych dokumentów dokonywane przez Zamawiającego oparte jest po pierwsze, na postanowieniach SIWZ, po drugie na treści oferty, a ich ocena dokonywana jest w ramach przesłanki, której nie można interpretować rozszerzająco. W rozpoznawanej sprawie w punkcie 15.4 SIWZ Zamawiający jednoznacznie podał, że *na ofertę składa się wypełniony Harmonogram Rzeczowo-Finansowy opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym (Załącznik nr 5 do SIWZ). Wykonawca jest zobowiązany do podania w tym załączniku dat zakończenia Etapów Realizacji* (punkt 15.4.2 SIWZ). Izba uznała, że w ramach oferty składanej w tym postępowaniu, wykonawca był zobowiązany do przedstawienia Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego (dalej: HRF) i dokument ten miał potwierdzać zgodność w projektowanym sposobie i czasie realizacji zamówienia. Winien odnosić się do kolejności czynności określonych w Programie Funkcjonalno - Użytkowym (dalej: PFU) jak również wskazanie dat zakończenia poszczególnych etapów realizacji, co pozwala na ocenę czy zostały ujęte wszystkie wymagane elementy opisu przedmiotu ujęte w PFU, a to w efekcie pozwala i jednocześnie obliguje Zamawiającego do dokonania weryfikacji przedmiotowej i zgodności z SIWZ zaoferowanego rozwiązania. Fakt, że zamówienie pod nazwą „Rozbudowa oczyszczalni ścieków Program dostosowania jednostek wytwórczych PGE GiEK S.A. Oddział Elektrowni Turów do konkluzji BAT” dotyczy projektowania, produkcji, dostaw urządzeń i niezbędnego wyposażenia, montażu na miejscu budowy, szkoleń, rozruchu i przekazania do eksploatacji nie powoduje, że Zamawiający nie dokonuje oceny w zakresie wymagań, które ukształtował. Jednocześnie również nie powoduje, że te ukształtowane przez Zamawiającego wymagania mają być/mogą być inaczej interpretowane, oceniane lub w zasadzie pomijane przy dokonywaniu oceny oferty. Izba nie zgadza się z twierdzeniami wskazującymi, że HRF stanowi jedynie podstawę do dokonywania przez Zamawiającego kontroli finansowej, niewątpliwie zapewne ma on również takie znaczenie ale ono aktualizuje się dopiero na poziomie realizacji zamówienia. W tym stanie rzeczy Zamawiający jednoznacznie wskazał w SIWZ, że HRF jest ofertą, tym samym Zamawiający musi dokonać oceny oferty zgodnie z ukształtowanymi postanowienia SIWZ.

Podkreślenia wymaga ponad wszelkie wątpliwości, że podstawą oceny oferty, co do jej treści, w danym postępowaniu są postanowienia SIWZ jakie ukształtował Zamawiający. W trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że *ruch regulacyjny jest zawarty w etapie 12 i zgodnie z załącznikiem nr 5 zakończenie ruchu regulacyjnego jest zawarte w tym samym etapie*. W piśmie procesowym z dnia 19 listopada 2019 roku Zamawiający wskazał, że warunkiem rozpoczęcia Ruchu próbnego (pkt 3.14 (1) PFH - *Po pomyślnym zakończeniu*

*Rozruchu, Ruchu Regulacyjnego i przedłożeniu przez Wykonawcę „Zgłoszenia do ruchu próbnego” realizowany będzie Ruch próbny) jest zakończenie z wynikiem pozytywnym Rozruchu i Ruchu Regulacyjnego. Zamawiający również jednoznacznie wskazał, że Rozruch objęty jest etapem nr 10 i 11 z HRF w ofercie IR i przeznaczono na nie 62 dni, natomiast na wykonanie Ruchu Regulacyjnego oraz Próbnego Inżyniera Rzeszów określonych w etapie 12 przeznaczyła 30 dni zgodnie z HRF. Twierdzenia Zamawiającego odnoszące się do etapu w jakim ma być zawarty Ruch regulacyjny były jednoznaczne i nie ulegały one jakiegokolwiek zmianie i możliwości odstąpienia od tego określonego etapu. Również sam Zamawiający odnoszący się wielokrotnie do tego, że nie określił technologii w jakiej ma być realizowane zamówienie ani raz nie wskazał na możliwość zmiany realizacji określonych w PFU wymagań, pozwalających w zasadzie na przeniesienie Ruchu regulacyjnego do innego etapu. Zamawiający wyjaśnił również w trakcie rozprawy, że niezbędne *Ruch regulacyjny nie może trwać podczas prób eksploatacyjnych (...)*.*

Z wyjaśnienie uczestnika postępowania odwoławczego z dnia 22 października 2019 roku wynika w ocenie Izby w sposób jednoznaczny, że IR - działając zgodnie z PFU pkt 3.15 w którym wskazano, że ruch próbny ma trwać 720 godzin tj. 30 dni – taki właśnie okres przewidziała w HRF na realizację tego zakresu. Izba wskazuje, że tym samym w sposób jednoznaczny IR wskazał, że w ramach etapu 12 uwzględniła jedynie realizację Ruchu próbnego. Sam IR w swoich wyjaśnieniach podał, że „faktem jest, że w ramach pkt 12 Załącznika nr 5 do SWIZ należało również uwzględnić ruch regulacyjny”, co oznacza w ocenie Izby, że wykonawca ten jednoznacznie rozumiał postanowienia PFU oraz HRF, jednakże jak wskazał „biorąc jednak pod uwagę zadane ogólnie niektóre terminy graniczne koniecznym było”, zdanie IR, „ przewidzenie równoległego (w miarę możliwości) prowadzenia niektórych prac.” Dalej w swoim stanowisku jednoznacznie zaznaczył, że „Zamawiający w PFU dopuszcza, iż w trakcie prób eksploatacyjnych Wykonawca będzie miał możliwość dokonania niezbędnych korekt oraz regulacji i optymalizacji pracy instalacji, zgodnie z zaproponowanym przez Wykonawcę i uzgodnionym z Zamawiającym harmonogramem (...). Tworząc Harmonogram Rzeczowo – Finansowy założono, że w ramach tych działań zostaną przeprowadzone działania z zakresu Ruchu regulacyjnego tj. zoptymalizowane poszczególne węzły instalacji, zaś późniejsze etapy Ruchu regulacyjnego będą miały za zadanie jedynie dopracowanie warunków współdziałania poszczególnych procesów jednostkowych.” Izba podkreśla w tym miejscu, że Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że *Ruch regulacyjny nie może trwać podczas prób eksploatacyjnych (...)*. Zamawiający w PFU (pkt 3.13 (1)) jednoznacznie wskazał, że „po pomyślnym zakończeniu Rozruchu i przedłożeniu przez Wykonawcę zgłoszenia do Ruchu Regulacyjnego realizowany będzie Ruch Regulacyjny, zgodnie z „Programem

Ruchu Regulacyjnego”, wstępną „Instrukcją Eksploatacji” i zaleceniami Wykonawcy. Ruch Regulacyjny prowadzony będzie w celu osiągnięcia Parametrów Gwarantowanych Przedmiotu Umowy”. Natomiast „Warunkiem przystąpienia do Ruchu Regulacyjnego będzie: Obustronnie podpisany protokół z prób funkcjonalnych z wynikiem pozytywnym, Obustronnie podpisany protokół z prób eksploatacyjnych, przeszkolenie teoretyczne pracowników Zamawiającego, a Program Ruchu Regulacyjnego zostanie uzgodniony przez Strony najpóźniej 14 dni przed planowanym rozpoczęciem Ruchu Regulacyjnego. „Program Ruchu Regulacyjnego” winien obejmować różne warianty pracy Przedmiotu Umowy, uwzględniające rzeczywiste warunki w eksploatacji występujące w ciągu roku. Program może być korygowany w uzgodnieniu między Stronami” (PFU 3.13 (2) i (3). Jednoznacznie wynika z tych postanowień, że zakończone próby eksploatacyjne i podpisany obustronnie protokół z tych prób stanowi warunek do przystąpienia do prowadzenia Ruchu regulacyjnego, co oznacza, że w ramach prób eksploatacyjnych nie mogą zostać skutecznie wykonane czynności przewidziane do realizacji w ramach Ruchu regulacyjnego. Nie jest właściwym w ocenie Izby również przyjęcie, że Ruch regulacyjny mógł być prowadzony po próbach eksploatacyjnych – co wynika w sposób jednoznaczny z powyższego, bowiem warunki do przystąpienia do Ruchu regulacyjnego Zamawiający zdefiniował jednoznacznie i wielowątkowo. Ze wskazywanego w trakcie rozprawy punktu 3.11.3 (6) PFU wynika jedynie konieczność sporządzenia protokołu, który będzie podstawą przeprowadzenia następnej fazy Ruchu próbnego, jednakże nie wynika z tego postanowienia, że po próbach eksploatacyjnych ma być prowadzony Ruch próbny z pominięciem Ruchu regulacyjnego. Izba zaznacza również w tym miejscu, że i odwołanie do tego punktu nie daje podstawy do prowadzenia jakichkolwiek działań wynikających z Ruchu regulacyjnego w trakcie prowadzenia prób eksploatacyjnych. IR wskazała w wyjaśnieniach z dnia 22 października 2019 roku, że „w założeniach naszego harmonogramu Ruch regulacyjny zostanie przeprowadzony bezpośrednio po zakończeniu Rozruchu i zakończony w terminie do 15.11.2021 r.”, czyli jak wskazała IR w piśmie procesowym z dnia 20 listopada 2019 roku „zawarty jest w pkt 11 Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego”. Taka konstrukcja jest niezgodna z postanowieniami wymagań SIWZ zawartych w załączniku nr 5 do SIWZ, gdzie w sposób jednoznaczny zostało podane, że Ruch regulacyjny ma zostać zakończony w etapie 12, a nie jak wskazał IR w etapie 11. Należy tu jednoznacznie podkreślić, że stanowisko prezentowane przez IR w trakcie rozprawy i zawarte w piśmie procesowym nie jest zgodne z określonymi wymaganiami przez Zamawiającego w PFU oraz znajdującymi swoje odzwierciedlenie HRF. To, że jak wszywał IR nie można z góry określić ile będzie trwał Ruch regulacyjny również, w ocenie Izby na tym etapie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego nie może stanowić argumentu uzasadniającego niezgodności z treścią SIWZ. IR nie pokusił się bowiem o wykazanie ile faktycznie taki Ruch regulacyjny

w przewidywany sposób będzie trwał – a przecież przewidywał jakiś czas (ilość dni) bo sam wskazał, że zostanie przeprowadzony po zakończeniu Rozruchu i zakończony do 15 listopada 2021 roku. Takie stanowiska są wewnątrznie sprzeczne, bowiem podnoszenie przez Zamawiającego i IR w trakcie rozprawy, że Ruch regulacyjny może trwać kilka godzin, na styku po zakończeniu etapu 11 (po zakończeniu prób eksploatacyjnych jak wskazywał Zamawiający), a przed rozpoczęciem Ruchu próbnego (tak aby dla Ruchu próbnego był dochowany termin 30 dni) wskazuje na to, że argumentacja ta jest podnoszona jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego i w żaden sposób nie został nawet uprawdopodobniona. Izba zaznacza, że zgodnie z PFU (pkt 13.3 (3)), że wskazany wcześniej „Program Ruchu Regulacyjnego”, który zostać musi uzgodniony przez Strony najpóźniej 14 dni przed planowanym rozpoczęciem Ruchu regulacyjnego winien obejmować różne warianty pracy Przedmiotu Umowy, uwzględniające rzeczywiste warunki w eksploatacji występujące w ciągu roku. Program może być korygowany w uzgodnieniu między Stronami. Jednocześnie (pkt 13.3 (4) PFU) Ruch regulacyjny zostanie przeprowadzony przez Wykonawcę z wykorzystaniem uprawnionego personelu Zamawiającego, który będzie pracował pod nadzorem Wykonawcy, zgodnie „Programem Ruchu Regulacyjnego” i wstępną „Instrukcją Eksploatacji”, a trakcie Wykonawca będzie miał możliwość dokonania niezbędnych korekt oraz regulacji i optymalizacji pracy (pkt 3.13 (5)), co oznacza, że w ramach Ruchu regulacyjnego przewidzianych do wykonania jest szereg czynności, które po pierwsze zostały określone przez Zamawiającego dla tego właśnie Ruchu regulacyjnego tj. np.: korekty, regulacje i optymalizacje pracy, po drugi będzie on obejmował różne warianty pracy Przedmiotu Umowy, uwzględniające rzeczywiste warunki w eksploatacji występujące w ciągu roku. W ocenie Izby w żaden sposób nie zostało uprawdopodobnione nawet przez Zamawiającego, że działania te można zrealizować „w kilka godzin”. Zaznaczenia wymaga również, że Ruch Regulacyjny, zgodnie z PFU (pkt 3.13 (6)) będzie uważany za zakończony, gdy wszystkie układy technologiczne wchodzące w zakres Umowy będą funkcjonować prawidłowo i zostaną osiągnięte Parametry Gwarantowane. Nałożono również na wykonawcę obowiązek przygotowania raportu z przebiegu Ruchu regulacyjnego potwierdzający osiągnięcie Parametrów Gwarantowanych oraz (PFU pkt 13.3 (7) po zakończeniu Ruchu regulacyjnego wykonawca został zobowiązany do sporządzenia sprawozdania określającego wszystkie niezbędne nastawy dla uzyskania założonych parametrów Przedmiotu Umowy oraz opracuje „Instrukcję Eksploatacji”, która będzie aktualna podczas Ruchu Próbnego. Co oznacza, że ww. instrukcja musi być przedstawiona Zamawiającemu do prowadzenia ruchu próbnego, jak również wszelkie wady wykryte w czasie Ruchu regulacyjnego powinny zostać usunięte przez wykonawcę przed rozpoczęciem Ruchu próbnego (PFU pkt 13.3 (8)). Izba zaznacza również, że pozytywne zakończenie Ruchu regulacyjnego – takie określenie w ocenie Izby oznacza również,

że Ruch regulacyjny może nie zakończyć się wynikiem pozytywnym - potwierdzone będzie przez obie Strony spisaniem stosownego protokołu (PFU pkt 13.3 (9)).

Dodatkowo Izba podkreśla, że wskazywane znaczenie HRF dla potrzeb kontroli finansowej również, mając na względzie prezentowane stanowisko IR, nie daje Zamawiającemu faktycznej możliwości kontroli środków finansowych dla danego etapu i tego co zostało ujęte, bowiem ujęcie Ruchu regulacyjnego, zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 22 października 2019 roku w etapie 11 powoduje, że nie mógł on być ujęty w etapie 12 – co oznacza, że procentowa wartość etapu realizacji netto nie odpowiadała w zakresie etapu 11 i etapu 12 faktycznej procentowej realizacji, bowiem elementy jakie faktycznie zostały ujęte przez IR w danym etapie nie odpowiadały temu co miało w nim być ujęte.

Izba zaznacza również, że w obliczu oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach IR oraz stanowiska Zamawiającego odnoszących się do realizacji Ruchu regulacyjnego w odpowiednich etapach realizacji zamówienia, jak również mając na uwadze, że przedmiotowe zamówienie nie obejmuje wymagania co do Protokołu zakończenia montażu Izba uznała dowód nr 2 za bezprzedmiotowy w zakresie oceny podniesionego przez Odwołującego zarzutu.

Ad.1.2

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Inżynieria Rzeszów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (dalej: IR) mimo, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a błędów i braków tej oferty nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w odniesieniu do Załącznika nr 9 do SWIZ – Parametry Techniczne – Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie tego zarzutu Izba uznała za zasadne stanowisko prezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego. Zarzut jak i uzasadnienie tego zarzutu nie zostały skonkretyzowane, bowiem podanie w odwołaniu przez Odwołującego, że IR zaoferował zestawienie chemikaliów, których stężenia są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego oraz, że w przypadku niektórych chemikaliów stężenia nie zostały podane w ogóle – nie stanowi skontrowanego prawidłowo uzasadnienia zarzutu odwołania, które to uzasadnienie pozwalałoby na rozpoznanie i ocenę podniesionego zarzutu. Na podstawie prezentowanego w odwołaniu stanowiska Odwołującego nie sposób określić z czym Odwołujący się nie zgadza i co uznaje za nieprawidłowe działanie IR, dopiero w piśmie procesowym stara się sprecyzować swoje stanowisko. Podjęcie próby skonkretyzowania

stanowiska przez Odwołującego w piśmie procesowym dowodzi dwóch istotnych kwestii – po pierwsze, że konkretyzacja uzasadnienia zarzutów była niezbędna i konieczna, a po drugie, że taka konkretyzacja była możliwa.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr

3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Przenosząc powyższe twierdzenia Sądu Najwyższego na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że brak jest argumentacji faktycznej w uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty IR mimo, że jej treść nie odpowiada SIWZ, a błędów i braków tej oferty nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w odniesieniu do Załącznika nr 9 do SWIZ – Parametry Techniczne co w konsekwencji uniemożliwia rozpoznanie zarzutu i powoduje, że jest on bezzasadny. Izba podkreśla, że nie może i nie poszukuje samodzielnie uzasadnienia dla podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Ad.1.3

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Inżynieria Rzeszów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie (dalej: IR) mimo, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a błędów i braków tej oferty nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w odniesieniu do Załącznika nr 10 do SWIZ – Maksymalne zanieczyszczenie w nadawie oraz skuteczność ich usuwania w Węźle D i Węźle E – Izba zarzut uznała za niezasadny.

W odniesieniu podnoszonego przez Odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazać należy, że oferta podlega odrzuceniu w sytuacji, gdy jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Tym samym Izba wskazuje, że koniecznym jest ustalenie czy zakres do którego referuje Odwołujący podlegać będzie ocenie w pryzmacie niezgodności treści oferty z SIWZ której dokonywać należy z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia. Czy też informacje, do których referuje Odwołujący oceniane będą w zupełnie innym odniesieniu.

W rozpoznawanej sprawie, w punkcie 15.4 SIWZ Zamawiający jednoznacznie podał, że na ofertę składa się wypełniony Formularz ofertowy, wypełniony Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (Załącznik nr 5 do SIWZ) i wypełniony Załącznik nr 9 do SIWZ – Parametry Techniczne.

W punkcie 15.5.7 SIWZ Zamawiający wskazał, że do oferty należy dołączyć między innymi wypełniony Załącznik nr 10 do SIWZ - Maksymalne zanieczyszczenia w nadawie oraz skuteczność ich usuwania w Węźle D i Węźle E, które to wymagania do SIWZ zostały wprowadzone przez Zamawiającego w wyniku udzielonych wyjaśnień do SIWZ (odpowiedź na pytanie 279).

Izba podziela prezentowane przez IR stanowisko, że w odniesieniu do Załącznika nr 10 do SIWZ nie można mówić o „ofercie”, którą można poprawić w trybie art. 87 ustawy (choć Zamawiający takiej poprawy dokonał). Zamawiający jednoznacznie określił dokumenty jakie składają się na ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (pkt 15.4 SIWZ) oraz podał co należy do oferty dołączyć (pkt 15.5 SIWZ) – to dowodzi, że dokumenty które należało dołączyć do oferty nie są ofertą. Fakt, że Załącznika nr 10 do SIWZ nie można traktować jako oferty w skutkach rodzi daleko idące konsekwencje, bowiem inny zakres przepisów będzie miał zastosowanie do oceny tego dokumentu i inne procedury w ramach podejmowanych czynności przez Zamawiającego powinny być wykonywane w odniesieniu do Załącznika nr 10 do SIWZ.

Mając na uwadze, że Załącznik nr 10 do SIWZ - Maksymalne zanieczyszczenia w nadawie oraz skuteczność ich usuwania w Węźle D i Węźle E nie jest ofertą (treścią oferty) to musi on być dokumentem potwierdzającym, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy). Sposób potwierdzania zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego może być

dokonany w taki sposób jak wskaże Zamawiający – w tym wypadku przez podanie informacji w Załączniku nr 10 do SIWZ. Zamawiający bowiem określa jakie to dokumenty mają potwierdzać spełnienie określonych przez niego wymagań, jak również jakie informacje mają być zawarte w takim dokumencie. Izba wskazuje, że § 13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w *sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego* zawiera katalog otwartych dokumentów. Tym samym dokument Załącznik nr 10 do SIWZ - Maksymalne zanieczyszczenia w nadawie oraz skuteczność ich usuwania w Węźle D i Węźle E poddaje się procedurze z art. 26 ust. 3 ustawy (takiego zarzutu w odwołaniu nie było), która to procedura jest obowiązkowa, aby możliwe było zastosowanie innych przepisów ustawy skutkujących eliminacją wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ad. 2

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego przez nieprawidłowe zakwalifikowanie niezgodności w ofercie wykonawcy IR, jako omyłek podlegających poprawieniu w trybie tego przepisu oraz bezpodstawne dokonanie poprawy tych niezgodności jako oczywistych omyłek pisarskich w ofercie IR, a w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia tej oferty jako zawierającej zobowiązanie do świadczenia niemożliwego do spełnienia – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym (dalej: HRF) sporządzonym według Załącznika nr 5 do SIWZ, IR w wierszu 1, dla etapu 1 – Wykonanie projektu podstawowego i projektu budowlanego wskazała w kolumnie „Data zakończenia etapu realizacji przez wykonawcę” wskazała 31.08.2019; natomiast w wierszu 2, dla etapu 2 – uzyskanie ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę wskazała 30.11.2019 rok.

Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 17 września 2019 roku.

Zamawiający pismem z dnia 9 października 2019 roku wezwął wykonawcę IR do złożenia wyjaśnień w powyżej wskazanym zakresie, a IR w dniu 16 października 2019 roku złożyła wyjaśnienia wskazując, że „wpisane daty są wynikiem oczywistej omyłki pisarskiej”. Jednocześnie podając, że prawidłowe daty to: dla etapu 1 – 30.08.2020, a dla etapu 2 - 30.11.2020. Zamawiający pismem z dnia 31 października 2019 roku zawiadomił IR, że dokonał poprawy oczywistej omyłki pisarskiej w ww. zakresie.

Izba uznała, że działanie Zamawiającego było prawidłowe, tym samym nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy oraz Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Pierwsze z omyłek jakie wskazuje ustawodawca, jakie podlegają poprawie, to oczywiste omyłki pisarskie. Oczywista omyłka pisarska o jakiej jest mowa w tym przepisie jest widoczna *prima face*, rzuca się w oczy każdemu, stanowi w szczególności przypadkową niedokładność. Oczywistość takiej omyłki wraża się również w tym, że jej usunięcie jest możliwe bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów, gdyż istnieje jeden możliwy sposób jej poprawienia. Kolejna omyłka, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, którą Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie to inne omyłki niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Izba wskazuje również, że dokonując oceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiającego posiada uprawnienia wynikające z poszczególnych przepisów ustawy, ale i obowiązki jakie nakłada na niego ustawodawca – jednakże realizacja tych prerogatyw musi mieścić się w granicy obowiązującego przepisu prawa. Właśnie takim przepisem jest art. 87 ustawy, gdzie ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo ale i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W myśl art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli – czyli treść oferty.

Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy, gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne.

W rozpoznawanej sprawie wskazanie daty dla etapu 1 i etapu 2 już na „pierwszy rzut oka”, z uwagi na podanie roku 2019, pozwalała uznać, że w ramach podania daty wystąpiła oczywista omyłka pisarska. Izba uznała za prawidłowe zakwalifikowanie tej omyłki jako oczywistej omyłki pisarskiej - choć w orzecznictwie Izby taka omyłka kwalifikowana jest również, obok oczywistej omyłki pisarskiej jako inna omyłka – bowiem podanie daty rocznej (roku) przez wskazanie bieżącego roku zdarza się wielokrotnie i dość często. Jednocześnie należy podkreślić, że podanie daty ze wskazaniem na datę, która już minęła w dniu składania ofert (etap 1 – 31.08.2019) bądź minie w trakcie prowadzenia procedury (etap 2 – 30.11.2019) skłania do jednoznacznego stwierdzenia, że doszło do oczywistej omyłki we wskazaniu daty przez określenie roku. Poprawa omyłki przez podanie roku 2020 w obu przypadkach, w ocenie Izby, poddawało się poprawie jako oczywista omyłka pisarska. Izba zaznacza, że nie byłaby możliwa w rozpoznawanym przypadku poprawa daty dziennej czy miesięcznej w oparciu o art. 87 ust.2 pkt 1 ustawy.

Ad. 3

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy i art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z §7 ust. 1 pkt 1 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. dalej jako „Rozporządzenie o dokumentach”) przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy IR, który nie wykazał spełnienia warunków udziału i braków podstaw do wykluczenia przez niezłożenie prawidłowych dokumentów potwierdzających, iż podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się w Postępowaniu, nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanki obligatoryjnej z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, a jednocześnie zaniechanie wezwania do uzupełnienia tych dokumentów – Izba uznała za niezasadny.

Izba wskazuje, że w uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący nie wskazał na to jaki to miałyby być rejestr urzędowy podmiotów zbiorowych, wobec których sąd orzekł karę zakazu ubiegania się o zamówienie. Brak wskazania przez Odwołującego takiego rejestru,

brak wskazania podstawy jego utworzenia powoduje, że kolejny raz Odwołujący chce przerzucić na Izbę obowiązek wykazywania, poszukiwania i dowodzenia w zakresie podniesionego zarzutu. Dokumenty przedstawione przez Odwołującego na rozprawie (dowód nr 1) nie mogą być uwzględnione przez Izbę przy rozpoznaniu zarzutu bowiem nie zostały podpisane przez Odwołującego, w tym nie zostało podpisane tłumaczenie jakie przedstawił wykonawca.

Izba podkreśla, że oświadczenie Konsula Republiki Węgierskiej w Polsce, załączone do pisma procesowego IR wyjaśnia, że „prawo węgierskie nie zna pojęcia odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych o osobowości prawnej, w związku z tym na Węgrzech zaświadczenia o niekaralności (potwierdzające brak skazania danej osoby za przestępstwo, brak zakazu wykonywania określonych funkcji czy zawodów oraz brak pozbawienia praw obywatelskich) wydawane są wyłącznie osobą fizycznym”. Również Zamawiający, chcąc potwierdzić prawidłowość swojego działania i przyjęcie oświadczenia złożonego przez Hidrofilt Water Treatment Ltd. uzyskał od Konsula Węgierskiego w Krakowie oraz od Węgierskiego Narodowego Domu Handlowego w Krakowie informację potwierdzającą prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego czynności. W odpowiedzi na pytanie o informację dotyczącą wydawania na Węgrzech urzędowych zaświadczeń o niekaralności w stosunku do podmiotów zbiorowych lub innych równoważnych dokumentów – wyjaśnienia Konsula Generalnego Węgier w Krakowie były tożsame z tymi jakich udzielił IR. W informacji z Wydziału Ekonomiczno – Handlowego Ambasady Węgier z dnia 19 listopada 2019 roku również zostało potwierdzone, że „w odniesieniu do podmiotu zbiorowego na terenie Węgier nie są stosowane zaświadczenia o niekaralności lub inne równoważne dokumenty wydawane przez właściwy organ sądowy lub administracyjny”.

Ad. 4

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia o dokumentach przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy IR, który nie złożył aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających, iż podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się w Postępowaniu, nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanki obligatoryjnej z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, a jednocześnie zaniechanie wezwania do poprawienia lub uzupełnienia tych dokumentów – Izba uznała zarzut za niezasadny.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego IR złożył w odniesieniu do podmiotu trzeciego - Hidrofilt Water Treatment Ltd. dokumenty „Urzędowe zaświadczenie o niekaralności dla dwóch członków organu zarządzającego tego podmiotu. Dokumenty zostały wystawione

w dniu 29 maja 2019 roku przez węgierskie Ministerstwo Spraw Wewnętrznych. W treści dokumentów podano, że „Zaświadczenie ważne jest do 90 dni od daty wystawienia (...) Treść urzędowego zaświadczenia o niekaralności należy akceptować do wydania zaświadczenia o innej treści (...)”.

Izba podziela stanowisko, że przedstawione przez IR dokumenty są dokumentami prawidłowo złożonymi dla wykazania potwierdzenia braku podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał że przedstawione przez IR dokumenty nie są aktualne. Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy wykonawca składa dokumenty potwierdzające okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia. W ocenie Izby to po stronie Odwołującego aktualizował się ciężar dowodu wykazania, że dokumenty, które zostały złożone w postępowaniu nie odnosiły się do aktualnego stanu rzeczy. Brak wykazania braku aktualności informacji zwartych w dokumentach, czyli niewykazanie, że informacje zawarte w dokumentach były nieaktualne powoduje, że nie została wykazana przesłanka określona ww. przepisem.

w z § 7 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku *w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego* ustalono domniemanie terminu ważności dokumentów przedstawionych przez wykonawcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – wskazując 6 miesięcy. Dokonanie przez Zamawiającego oceny z naruszeniem tych regulacji, przy jednoczesnym braku wykazania braku aktualności wskazanych danych w dokumencie stanowiłoby naruszenie zasad prawa zamówień publicznych, w tym zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Ustawodawca, zarówno krajowego, jak i europejski, położyli szczególny nacisk na ocenę sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji. Urzeczywistnieniem tej idei na gruncie prawa krajowego są m.in. przepisy art. 26 ust. 2f ustawy umożliwiający zobowiązanie wykonawcy na każdym etapie postępowania m.in. do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów, czy art. 24 ust. 12 ustawy uprawniającego zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z kolei na gruncie prawa europejskiego wystarczy odwołać się do Motywu 84 Preambuły Dyrektywy parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE, z którego wynika, że "[...]Instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania[...]", jak i Motywu 85, w którym czytamy m.in., że "[...]Istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały

się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko[...]".

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zmianami).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: