

WYROK

z dnia 25 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2019 r. przez wykonawcę **Doosan Babcock Energy Polska S.A. ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Enea Wytwarzanie Sp. z o.o. al. Józefa Zielińskiego 1, Świerże Górne, 26-900 Kozienice**

przy udziale wykonawcy **Remak - Energomontaż S.A. ul Chłodna 51, 00-867 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego** oraz

przy udziale wykonawcy **Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. ul gen. Jankiego 13, 40-615 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie w części I czynności: wyboru najkorzystniejszej oferty, zaproszenia do aukcji i jej przeprowadzenia oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert celem wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Nakazuje odrzucić oferty wykonawców **Remak - Energomontaż S.A. ul Chłodna 51, 00-867 Warszawa** oraz **Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. ul gen. Jankiego 13, 40-615 Katowice**, jako niezgodne z treścią SIWZ
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Enea Wytwarzanie Sp. z o.o. al. Józefa Zielińskiego 1, Świerże Górne, 26-900 Kozienice**, i
 - 3a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

3b. zasadza od zamawiającego Enea Wytwarzanie Sp. z o.o. al. Józefa Zielińskiego 1, Świerże Górne, 26-900 Kozienice na rzecz odwołującego Doosan Babcock Energy Polska S.A. ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik kwotę 18 600,00 (osiemnaście tysięcy sześćset) złotych, tytułem zwrotu kosztu wpisu od odwołania oraz kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z dnia 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. al. Józefa Zielińskiego 1, Świerże Górne Kozienice 26-900, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*MODERNIZACJA TURBOZESPOŁÓW BLOKÓW NR 4 i 5*” postępowanie nr Z4/2192 Numer referencyjny: KZP-PT.2103.1.2018

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. U UE 2019/S 123-301604 z dnia 20 czerwca 2019 r. (nr dokumentu 301604-2019).

Postępowanie jest obecnie na etapie po zaproszeniu wykonawców do aukcji elektronicznej, jej przeprowadzeniu i wyborze najkorzystniejszej oferty. Od powyższych czynności Zamawiającego wykonawca Doosan Babcock Energy Polska S.A. ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik, dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

- 1) Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 b ust. 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 oraz art. 38 ust. 1, 2 i 4 Pzp z uwagi na zaproszenie do aukcji elektronicznej ZRE i REMAK oraz zaniechanie odrzucenia oferty ZRE oraz oferty REMAK pomimo ich sprzeczności w zakresie części I - MODERNIZACJA TURBOZESPOŁU BLOKU NR 4 z regulacją Rozdziału XVIII pkt 18.19.1., Rozdziału XX pkt 20.2., 20.3., 20.6. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z uwagi na niezaoferowanie przez ZRE i REMAK świadczenia w zakresie opcji nr 8, 9 i 10 poprzez niepodanie przez ww. wykonawców w Formularzu „OFERTA” cen wymiany odtworzeniowej uszczelnień dławicowych, wymiany odtworzeniowej uszczelnień międzystopowych, wymiany odtworzeniowej uszczelnień nadbandażowych w pozycjach dla opcji nr 8, 9 i 10.
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu

1. unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej ZRE i REMAK w zakresie części I - MODERNIZACJA TURBOZESPOŁU BLOKU NR 4,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części I - MODERNIZACJA TURBOZESPOŁU BLOKU NR 4,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie ofert lub uznanie za podlegające odrzuceniu ofert ZRE i REMAK w zakresie części I - MODERNIZACJA TURBOZESPOŁU BLOKU NR 4 z przyczyn szczegółowo opisanych w treści uzasadnienia odwołania,
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu w zakresie części I - MODERNIZACJA TURBOZESPOŁU BLOKU NR 4,

5. unieważnienie aukcji elektronicznej z dnia 3 października 2019 r. w zakresie części I - MODERNIZACJA TURBOZESPOŁU BLOKU NR 4 i nakazanie Zamawiającemu jej ponownego przeprowadzenia, względnie o nakazanie

Nadto w związku z tym, że już po wniesieniu przedmiotowego odwołania Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności dokonania tego wyboru.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie modernizacji turbozespołów bloków nr 4 i 5. Odwołanie dotyczy części I zamówienia. Zamawiający w Rozdziale XVIII pkt 18.19.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), sformułował wymóg złożenia formularza „Oferta” sporządzonego na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do Części I SIWZ. Ponadto, w Rozdziale XX pkt 20.2., 20.6. SIWZ Zamawiający wskazał, że cenę oferty należy podać w Załączniku nr 1 do Części I SIWZ z dokładnością do 2 miejsc po przecinku, a cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

W treści formularza w odniesieniu do pozycji dotyczących opcji nr 8 ,9 i 10 przewidziano konieczność dokonania wyceny wymiany odtworzeniowej uszczelnień dławicowych dla opcji nr 8, wymiany odtworzeniowej uszczelnień między stopowych dla opcji nr 9, wymiany odtworzeniowej uszczelnień na bandażowych dla opcji nr 10.

Z uwagi na trudności związane z możliwością dostawy przez wykonawców ww. uszczelnień, Zamawiający w dniu 14 sierpnia 2019 r. odpowiadając na pytania Wykonawców, w ramach odpowiedzi na pytanie 95 wskazał, że wyłącza z opcji nr 8 dostawę uszczelnień dławicowych, z opcji nr 9 dostawę uszczelnień między stopowych oraz z opcji nr 10 dostawę uszczelnień na bandażowych. pozostawiając nadal w zakresie ww. opcji usługę wymiany przedmiotowych elementów. Zamawiający nie zdecydował o rezygnacji z opcji nr 8, 9 i 10, ale jedynie ograniczył ich zakres wyłączając dostawę uszczelnień i oczekując, że Wykonawca dokona ich wymiany. W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące treści SIWZ udzielone w dniu 14 sierpnia 2019 r., w tym odpowiedź na pytanie 95, są wiążące dla Wykonawców i oznaczają, że Zamawiający wyłączył z opcji 8-10 dostawę przedmiotowych elementów, pozostawiając tym samym czynność ich wymiany, a badanie i ocena ofert powinna być dokonywana z ich uwzględnieniem.

Pomimo ww. wymagania ze strony Zamawiającego, zmodyfikowanego w ramach udzielonych wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, Wykonawcy - ZRE oraz REMAK nie dokonali w ofercie w zakresie części I - MODERNIZACJA TURBOZESPOŁU BLOKU NR 4 wyceny opcji nr 8,9,10. Tym samym ZRE i REMAK nie zaoferowały wykonania świadczenia w zakresie opcji nr 8, 9 i 10. ZRE w złożonej ofercie wstawiła „kreski” w miejscach

przeznaczonych na wycenę przedmiotowych opcji, natomiast REMAK dokonał całkowitego przekreślenia w formularzu oferty tych pozycji. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne. Zamawiający wyodrębnił w ramach zamówienia m.in. przedmiotowe opcje w sposób celowy, dlatego też za niedopuszczalne i sprzeczne z intencjami Zamawiającego należy uznać pominięcie przez ww. wykonawców opcji 8-10 w części I - MODERNIZACJA TURBOZESPOŁU BLOKU NR 4, a tym bardziej ich przekreślenie. Na potwierdzenie zasadności formułowanego wniosku wskazał na orzeczenie KIO w którym Izba uznała, że *Jeżeli zamawiający wprowadził osobne pozycje dla poszczególnych kolejności wykonywania usług w zestawieniu kosztowym to oznacza, że zamawiający postanowił rozróżnić te usługi nie tylko ze względu na metodologię wykonywania (zlecenia), ale również ze względu na możliwość ich odrębnej wyceny. W takim wypadku wykonawca nie może ograniczyć się do podania ceny ogółem, a tak złożona oferta nie może zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i podleca odrzuceniu.* (Wyrok KIO 1723/13 z dnia 30.07.2013).

Stwierdził, że przekreślenie przez wykonawcę danych opcji w ofercie, czy też postawienie „kresek” nie może prowadzić do stwierdzenia, iż usługa ta zostanie wykonana za zero złotych albowiem, gdyby takie było zamierzenie wykonawcy to w taki sposób uzupełniłby formularz. Z ofert złożonych przez ZRE i REM AK wynika natomiast, że w sposób celowy pominieli oni wycenę przedmiotowych opcji przekreślając je na formularzu i decydując się na niezaoferowanie świadczenia w tym zakresie. Z uwagi na to, że niemożliwym jest uzupełnienie treści oferty przez Wykonawcę w tym zakresie albowiem prowadziłoby to do jej zmiany, a Zamawiający nie ma kompetencji do samodzielnego ustalania cen, w toku czynności badania i oceny ofert Zamawiający winien oferty ZRE i REMAK odrzucić, jako niespełniające wymogów SIWZ, a w konsekwencji nie zapraszać ww. podmiotów do udziału w aukcji elektronicznej.

Niezależnie od powyższego, konieczność dokonania wyceny wymiany ww. elementów wynikała z wyraźnego sformułowania SIWZ zawartego w Rozdziale XVIII pkt 18.19.1., gdzie zaznaczono konieczność załączenia do oferty wypełnionego formularza „Oferta” sporządzonego na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do Części I SIWZ, natomiast formularz ten zawierał stosowną pozycję dla wyceny w zakresie części I - MODERNIZACJA TURBOZESPOŁU BLOKU NR 4 opcji nr 8,9 i 10, a wymiana odtworzeniowa uszczelnień dławicowych, wymiana odtworzeniowa uszczelnień międzystopowych oraz wymiana odtworzeniowa uszczelnień nadbandażowych wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia. Z tego powodu Wykonawcy składający oferty powinni dostosować się do treści SIWZ i wyjaśnień Zamawiającego mających moc wiążącą, czego nie zrobiły ZRE i REMAK. Jednocześnie nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że oferta niezgodna z wyjaśnieniami Zamawiającego i SIWZ powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Konieczność wskazania cen dla poszczególnych opcji w ofercie jest zdaniem Odwołującego, dodatkowo uzasadniona tym, że wpływa na cenę ofertową zadeklarowaną przez Wykonawcę. Zgodnie z regulacjami Rozdziału XXI. pkt 21.2.1. oraz pkt 21.3.1. cena za poszczególne opcje ma istotne znaczenie dla ilości uzyskanych przez danego wykonawcę punktów w Kryterium K1, a waga (udział punktowy) tego kryterium ma decydujące znaczenie dla sumy uzyskanej punktacji, a tym samym udzielenia danemu wykonawcy zamówienia.

Odwołujący podkreśla, że niedokonanie wyceny części prac nie pozwala stwierdzić, iż Wykonawca jest gotowy je zrealizować, a Zamawiający nie może określić ostatecznej wartości prac składających się na przedmiotowe opcje. Dlatego konieczne jest prawidłowe wypełnienie formularza „Oferta”, a ewentualne braki w tym zakresie mogą mieć daleko idące skutki dla Zamawiającego.

Tym samym Zamawiający nie dokonując odrzucenia oferty ZRE oraz REMAK w zakresie części I - MODERNIZACJA TURBOZESPOŁU BLOKU NR 4 i zapraszając oba te podmioty do aukcji elektronicznej naruszył wskazane wyżej przepisy Pzp

W zakresie naruszenia art. 7 ust.1 Pzp podał, że zasady prowadzenia postępowania określone w art. 7 ust. 1 Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zakazane jest zatem stosowanie różnych wymagań w odniesieniu do poszczególnych Wykonawców składających oferty w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób specjalny potraktował ZRE i REMAK nie stosując do tych wykonawców wymagań sformułowanych w SIWZ oraz w ramach odpowiedzi na pytanie 95 udzielonej przez Zamawiającego w dniu 14 sierpnia 2019 r., mającej moc wiążącą w odniesieniu do wszystkich wykonawców.

Pomimo braku uzupełnienia, a wręcz przekreślenia przez ww. wykonawców opcji 8-10 w zakresie części I - MODERNIZACJA TURBOZESPOŁU BLOKU NR 4, a tym samym powstania braków w ofertach ZRE i REM AK Zamawiający nie dokonał ich odrzucenia i zaprosił ww. wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.

Tym samym wykonawcy ci przez ich specjalne traktowanie posiadali przewagę nad innymi wykonawcami w momencie przystępowania do aukcji elektronicznej w zakresie części I - MODERNIZACJA TURBOZESPOŁU BLOKU NR 4, albowiem ich cena ofertowa nie obejmowała wszystkich opcji.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej, lecz w prezentowanym do protokołu rozprawy stanowisku wniósł o oddalenie odwołania wskazując na dwa zasadnicze powody uzasadniające oddalenie odwołania. Po pierwsze wskazał, że Zamawiający podczas badania i oceny ofert przed zaproszeniem do aukcji ustalił, że

wykonawcy Remak - Energomontaż S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach nie wypełnili w ofercie pozycji dotyczących robót mających być wykonywanych w ramach prawa opcji nr 8;9 i 10 i wobec tego wezwał tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp. Wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie podali, że koszty z tytułu wymiany uszczelnień zostały przez nich ujęte w robotach w zakresie podstawowym, wskazując równocześnie kwotę wyceny tych usług. Zamawiający w oparciu o otrzymane wyjaśnienia dokonał poprawy treści oferty w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp w ten sposób, że w pozycjach odnoszących się do kosztu wymiany w zakresie opcji 8-10 wpisał kwoty podane przez wykonawców. Na taką poprawę wykonawcy wyrazili zgodę.

Po drugie podał, że odwołanie winno zostać oddalone chociażby z tego powodu, iż Odwołujący kwestionując na rozprawie dopuszczalność takiej poprawy treści oferty, nie zawarł wprost w odwołaniu zarzutu w tym zakresie, a wywodzenie tego zarzutu z podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp należy uznać za niedopuszczalne.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy Remak - Energomontaż S.A. ul Chłodna 51, 00-867Warszawa, zwany dalej „Przystępującym Remak” oraz Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. ul gen. Jankiego 13, 40-615 Katowice, zwany dalej „Przystępującym ZRE”. Przystępujący w prezentowanym na rozprawie stanowisku poparli stanowisko Zamawiającego i wnieśli o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępujących zaprezentowane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołane jest zasadne i dlatego podlega uwzględnieniu.

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

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący i Przystępujący posiadają interes we wniesieniu środków ochrony prawnej – odwołania i przystąpienia.

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutów Izba w oparciu o ocenę dokumentacji postępowania stwierdziła, iż poza sporem jest:

- że Zamawiający wymagał dokonania w ofercie wyceny oprócz zamówienia podstawowego, także wyceny prawa opcji 8;9 i 10,

- Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 95 stwierdził, że zmienia wymagania co do dostaw uszczelnień dławicowych, międzystopniowych oraz nadbandażowych w ten sposób, że wyłącza z opcji 8;9 i 10 dostawę tych ww. uszczelniaczy cyt. „ww. uszczelnienia dostarczy Zamawiający”. Tym samym Zamawiający wyłączył dostawę uszczelnień, a nie ewentualną potrzebę ich zamontowania.

- wykonawcy Remak - Energomontaż S.A. oraz Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. w miejscu gdzie winna być wpisana kwota za wykonanie usługi wymiany uszczelniaczy, pozostawili rubryki bez wpisania jakichkolwiek kwot. Takie kwoty dla tych pozycji nie zostały także wyszczególnione odrębnie w wycenie kwoty wykonania zamówienia podstawowego.

Podkreślenia wymaga fakt, że na przedmiotowe zamówienie objęte odwołaniem składa się wykonanie modernizacji turbozespołów bloku nr 4 jako zamówienie zasadnicze/podstawowe i w ramach prawa opcji możliwość wykonania uszczelnień w zakresie opcji 8;9 i 10. Tym samym zamówienie zasadnicze/podstawowe niewątpliwie będzie wykonane, natomiast zakres przedmiotowy obejmujący opcje może być wykonany, ale Zamawiający może również z wykonania tych prac zrezygnować.

Na fakt konieczności wyceny pozycji kosztowej opcji 8;9 i 10 świadczy także treść postanowień zawartych w zał. nr 3 do części I SIWZ dot. przeprowadzenia aukcji elektronicznej, gdzie Zamawiający ustalił w pkt. 1.5., że *Parametrami zmiennymi w aukcji elektronicznej będzie Cena Ofertowa brutto – Zakres podstawowy + opcje 1-19(...)*.

Zamawiający dostrzegł w trakcie badania ofert brak wyceny pozycji opcji i wystąpił do Remak i ZRE w trybie art. 87 ust.1 Pzp o wyjaśnienie kwestii braku wypełnienia pozycji w zakresie ceny opcji 8;9 i 10. W odpowiedzi na wezwanie ww. wykonawcy poinformowali Zamawiającego, że kwoty te zostały ujęte w Formularzu „Oferta” w zakresie podstawowym. Jednocześnie wskazali kwoty o jakie należy pomniejszyć cenę za zamówienie podstawowe i przypisać je jako kwoty za wykonanie usługi w ramach prawa opcji.

Powyższe zdaniem Izby wskazuje jednoznacznie na fakt sporządzenia oferty niezgodnej z wymaganiami SIWZ, a tym samym Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia przedmiotowych ofert.

Kolejną kwestią związaną z zaistnieniem podstawy do odrzucenia ofert, wymagającą rozważenia przez Izbę, była sprawa możliwości skorzystania przez Zamawiającego z trybu art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, co warunkuje możliwość odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. W trakcie rozprawy Zamawiający wywiódł, że po otrzymaniu wyjaśnień od wykonawców jakie kwoty należy przenieść z zamówienia podstawowego na cenę prawa opcji, zastosował przepis art. 87 ust.2 pkt 3 i tym samym dokonał poprawy ofert Przystępujących, doprowadzając je do stanu zgodności z SIWZ.

Na wstępie oceny prawidłowości postępowania Zamawiającego w tym zakresie wskazać należy, że Izba stoi na stanowisku, że zmiany w ofercie przetargowej po jej

otwarcu powinny być co do zasady wykluczone z zastrzeżeniem możliwości korekty omyłek o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp. Inne podejście do kwestii możliwości zmian niewątpliwie prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości, równości wykonawców i możliwości uczciwego konkurencyjnego. Tym samym zasadą jest niezmiennosc złożonej oferty. W postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający oczekuje złożenia prawidłowo przygotowanych ofert. Wykonawcy składający ofertę powinni więc w tym zakresie zachować należytą staranność obowiązującą w profesjonalnym obrocie gospodarczym

Na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany poprawić w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ. Obowiązek poprawy oznacza jednocześnie, iż Zamawiający nie może a priori wyłączyć w SIWZ możliwości dokonywania jakichkolwiek poprawek, a działania określone w art. 87 ust. 2 Zamawiający podejmuje z mocy ustawy, nawet jeżeli wykonawca nie złoży wniosku w tym zakresie. Badając, czy zachodzą przesłanki do poprawienia omyłki, zamawiający zawsze musi brać pod uwagę charakter nieprawidłowości: jak wynika z samego pojęcia „omyłka” – musi mieć ona charakter niezamierzony. W sytuacji gdy wykonawca przyznaje, iż nieprawidłowość zawarta w ofercie jest wynikiem jego świadomej decyzji, wyłączone jest uznanie takiej nieprawidłowości za omyłkę, a konsekwencją czego brak jest podstaw do jej poprawienia. Istotnym jest także ustalenie konsekwencji dokonanej zmiany, czy dokonana poprawa doprowadza do istotnej zmiany oferty. Żaden przepis ustawy nie wskazuje, kiedy należy uznać iż dokonana poprawa omyłek wprowadza do oferty istotną zmianę. Ten element jest kwestią oceny dokonanych zmian w ofercie, przez pryzmat skutków jakie niesie ze sobą dokonana zmiana w ramach danej oferty. Jednakże najpierw badana jest dopuszczalność poprawy, a w drugiej kolejności wpływ ewentualnej poprawy na treść oferty.

Izba uznała, że aby możliwe było dokonanie zmiany treści oferty w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp to stwierdzone niezgodności powinny mieć taki charakter, aby ich poprawy mógł Zamawiający dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy na orzeczenie KIO w który Izba uznała, że *„Należy przy tym jednakże podkreślić, iż dokonanie zmian w treści oferty przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie p.z.p., tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą prowadzić do zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów”* wyrok z dnia 14 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2245/16.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający nie posiadał żadnej wiedzy, jakie kwoty należałoby wpisać w pozycję opcji 8;9 i

10 w zakresie kosztu wykonania uszczelnień. Niewątpliwym jest, że z treści złotych ofert nie można było wywieść czy i jakie kwoty Przystępujący na ten cel przeznaczyci, gdyż niespornym jest, że w zakresie wyceny zadania podstawowego nie zostały one wyodrębnione w osobnej pozycji. Również podkreślić należy, że z analizy treści wezwania Zamawiającego skierowanego do Przystępujących i informacji o dokonaniu poprawy braków w ofercie niewątpliwie, iż Zamawiający nie miał wiedzy jaką kwotę należy wpisać w pozycje opcji, a nadto kwoty te wynikają z negocjacji co do treści oferty. Na powyższe wskazuje treść pism Zamawiającego z dnia 11.09.2019 roku w których zwracając się do wykonawców Remak i ZRE pyta? – *„czy w kontekście przywołanej wyżej odpowiedzi właściwe jest rozumowanie Zamawiającego, w świetle którego podane w piśmie(przystępujących –przypis Izby) kwoty należy przesunąć z zakresu podstawowego pomniejszając go o kwotę (...) netto do zakresu stanowiącego opcje, (...)*. Biorąc pod uwagę powyższe w przedmiotowym stanie faktycznym brak było podstaw, aby Zamawiający dokonał poprawy niezgodności treści oferty z SIWZ poprzez zastosowanie trybu poprawy innej omyłki w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania podkreślić należy, że Zamawiający w odpowiedzi na pyt nr 95 nie zdecydował o rezygnacji z opcji nr 8, 9 i 10, ale jedynie ograniczył ich zakres wyłączając dostawę uszczelnień i oczekując, że Wykonawca dokona ich wymiany. Wskazać także należy na fakt iż Przystępujący na rozprawie nie wskazywali, iż nie wpisanie kwot w pozycjach opcje jest wynikiem omyłki, lecz celowego działania spowodowanego poprzez błędne rozumienie odpowiedzi Zamawiającego na pytania 95.

W tym zakresie wskazać należy na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r Sygn. akt IV CSK 626/13 w który sąd wskazał na znaczenie wyjaśnianie treści SIWZ poprzez zadawanie pytań Zamawiającemu w trybie art. 38 Pzp uznając, że przepis ten w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Sąd podkreślił, że od profesjonalisty w danej dziedzinie uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ celem przygotowania takiej oferty, aby możliwe było prawidłowe wykonanie zamówienia.

Jak wskazano powyżej kwestia potrzeby wyceny kosztu wykonania uszczelnień w ramach opcji 8;9 i 10 wynika także z szeregu dalszych postanowień SIWZ. Przykładowo wskazać należy także na postanowienia SIWZ pkt.20.6 *Cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji*

przedmiotu zamówienia; pkt 21.2.1 Kryterium oceny - Cena Ofertowa brutto – Zakres podstawowy + opcje 1-19.

Izba nie dała wiary tłumaczeniom Zamawiającego i Przystępujących, iż kwoty o takich wielkościach jak wskazali w ww. pismach Przystępujący były zarezerwowane na wykonanie prac uszczelnień dla opcji 8;9 i 10, gdyż czym innym są koszty opcji, która to część zamówienia nie musi zostać zrealizowana w danym zamówieniu od kosztów zamówienia podstawowego, które będzie zrealizowane. Kwoty takie musiały być zarezerwowane w koszcie wykonania zamówienia podstawowego, gdyż jak podawali Przystępujący wykonanie uszczelnień przy remoncie turbin jest konieczne nawet gdyby zakres robót objęty prawem opcji nie został wykonany. Stanowisko Przystępujących zawarte w ww. pismach jest niewątpliwie elementem taktyki procesowej mającej na celu obronę złożonych ofert.

Izba uznała za niezasadny zarzut Przystępujących i Zamawiającego, że w związku z brakiem podniesienia zarzutu co do prawidłowości zastosowania trybu poprawy treści oferty w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, nie jest możliwe dokonanie oceny poprawności działań Zamawiającego w tym zakresie. Niewątpliwie Zamawiający taki tryb zastosował i dla oceny zasadności zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z SIWZ niezbędna była ocena przez Izbę wszystkich czynności Zamawiającego mających na celu ustalenie czy zarzut niezgodności treści ofert Przystępujących z postanowieniami SIWZ znajduje potwierdzenie w czynnościach Zamawiającego.

Izba orzekła, jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący

