

Sygn. akt: KIO 1107/11

WYROK
z dnia 13 czerwca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2011 roku przez wykonawcę **"K.T.S. ELPOM" S.A. z siedzibą w Nadarzynie przy ulicy Pruszkowskiej 24, 05 – 830 Nadarzyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Suwałkach Spółka z o.o. z siedzibą w Suwałkach przy ulicy Gen. W. Sikorskiego 14, 16-400 Suwałki**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. z siedzibą w Suwałkach przy ulicy Przytorowej 9, 16 – 400 Suwałki** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **"K.T.S. ELPOM" S.A. z siedzibą w Nadarzynie przy ulicy Pruszkowskiej 24, 05 – 830 Nadarzyn** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez **"K.T.S. ELPOM" S.A.**

z siedzibą w Nadarzynie przy ulicy Pruszkowskiej 24, 05 – 830 Nadarzyn
tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2 zasądza od **"K.T.S. ELPOM" S.A. z siedzibą w Nadarzynie przy ulicy Pruszkowskiej 24, 05 – 830 Nadarzyn** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Suwałkach Spółka z o.o. z siedzibą w Suwałkach przy ulicy Gen. W. Sikorskiego 14, 16-400 Suwałki** kwotę **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Suwałkach.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Suwałkach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Zaprojektowanie i wybudowanie instalacji suszenia (ISuO) dla potrzeb gospodarki osadowej na oczyszczalni ścieków w Suwałkach” opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 9 lutego 2011 roku pod pozycją 2011/S 27-044562.

17 maja 2011 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu "K.T.S. ELPOM" S.A. z siedzibą w Nadarzynie zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1 – wybudowanie instalacji do suszenia osadów ściekowych.

Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu, że do realizacji zadania wybrał ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. z siedzibą w Suwałkach przy ulicy Przytorowej 9, 16 – 400 Suwałki. Oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu.

27 maja 2011 roku Odwołujący - "K.T.S. ELPOM" S.A. z siedzibą w Nadarzynie przy ulicy Pruszkowskiej 24, 05 – 830 Nadarzyn złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności Zamawiającego

- wyboru oferty Przedsiębiorstwa EKOLOBUD S.A., ul. Przytorowa 9, 16- 400 Suwałki (dalej „EKOLOBUD”),
- zaniechanie czynności odrzucenia EKOLOBUD,
- zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), wyrażające się w zaniechaniu czynności odrzucenia oferty EKOLOBUD mimo, że treść oferty EKOLOBUD nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),

- art. 87 ust. 1 zdanie drugie oraz art. 87 ust. 2 pkt 3) ustaw, wyrażające się w dopuszczeniu przez Zamawiającego do dokonania istotnej zmiany, po upływie terminu składania ofert, treści ofert EKOLOBUD
- naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy wyrażające się w pogwałceniu zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w trakcie badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie decyzji Zamawiającego o wyborze oferty EKOLOBUD oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w wyniku czego oferta EKOLOBUD zostałaby odrzucona, a oferta Odwołującego wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

W ocenie Odwołującego oferta EKOLOBUD winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustaw, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W rozdz. 14 pkt 1 ppkt 2) SIWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż *„Ofertę, należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ”*. Kryteriami oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu przetargowym są, zgodnie z ustaleniami rozdziału 25 SIWZ, cena oraz koszty eksploatacyjne. Zgodnie z informacją zawartą w ppkt 2.1. pkt 2 rozdz. 25 SIWZ, w celu określenia kosztów eksploatacji (niezbędnych do dokonania oceny oferty w kryterium „koszty eksploatacji”) każdy z Wykonawców zobowiązany był wypełnić - załącznik nr 7 do SIWZ. W myśl postanowień rozdz. 14 pkt 3 ppkt 1 lit. j) SIWZ, wypełniony i podpisany arkusz kosztów eksploatacji - załącznik nr 7 — składa się na wymaganą zawartość oferty. W ofercie, w treści załącznika nr 7, każdy z Wykonawców zobowiązany był podać, m. in. koszt zakupu i wymiany urządzeń transportujących osad wewnątrz suszarki (taśma, łopatki i inne) w PLN na jedną wymianę (Tabela 3 poz. 9 zał. Nr 7). Koszt ten, pomnożony przez ilość wymian w okresie 10 lat eksploatacji (72 000 godzin) należało zsumować z dziesięcioletnimi kosztami eksploatacji i koszty wymiany oleju termalnego wychodząc w ten sposób na całkowity koszt eksploatacji w ciągu 10 lat, t.j. wartość stanowiącą podstawę oceny oferty w kryterium koszty eksploatacji. EKOLOBUD w zamieszczonym do oferty załączniku nr 7 (str. 19 oferty) podał błędnie całkowity koszt eksploatacji w ciągu 10 lat, przyjmując w nim 10 wymian urządzeń transportujących osad wewnątrz suszarki (taśma, łopatki i inne). Tymczasem na str. 13 (pkt 11) oferty, EKOLOBUD złożył oświadczenie, iż czas wymiany elementów urządzeń

transportujących wewnątrz suszarki wynosi odpowiednio dla taśm co 24 miesiące, a dla wałków i rolek - co 36 miesięcy. Zamawiający, w piśmie z dnia 27 kwietnia 2011 roku sam zauważa powyższą niezgodność i w tym piśmie informuje o poprawieniu załącznika nr 7 przedstawionego w ofercie firmy EKOLOBUD.

W ocenie Odwołującego czynność poprawienia oferty EKOLOBUD dokonana została z rażącym naruszeniem art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ust. 1 ustaw. Z informacji zamieszczonych w ofercie EKOLOBUD wynika, iż w okresie 10 lat nastąpi: 5 x koszt wymiany taśm w okresie 10 lat (wymiana co 24 miesiące) oraz 3 x koszt wymiany wałków i rolek w okresie 10 lat (wymiana co 36 miesięcy). Daje to łączną liczbę 8 wymian taśm, wałków i rolek. Uwzględniając podany w Tabeli 3 w poz. 9 zał. nr 7 przez EKOLOBUD koszt na jedną wymianę urządzeń transportujących osad wewnątrz suszarki (taśma, łopatkę i inne) w wysokości 109 102 PLN/na jedną wymianę, należy stwierdzić, iż w okresie 10 lat eksploatacji, koszty wymiany urządzeń transportowych wewnątrz suszarki winny wynosić 872 816,00 PLN (109 102 PLN razy 8). EKOLOBUD nie podał w ofercie oddzielnie kosztów wymiany taśm i oddzielnie kosztów wymiany wałków i rolek, a zatem należy traktować kwotę 109 102 PLN jako koszt każdej jednorazowej wymiany — zarówno taśm, jak i samych wałków i rolek. Zamawiający przyjął, iż koszt 109 102 PLN/na jedną wymianę jest łącznym kosztem wymiany taśm, wałków i rolek. Wychodząc z tego założenia w sposób nieuprawniony wylicza średni okres wymiany taśm, wałków i rolek wychodząc na liczbę 4 wymian, po czym na tej podstawie sam dokonuje ustalenia rzekomych kosztów wymiany w okresie 10 lat. Nie ulega tymczasem wątpliwości, iż treść oferty po korekcie dokonanej przez Zamawiającego znacznie się różni od jej pierwotnej treści - Zamawiający zmienił oświadczenie woli EKOLOBUD o czasie wymiany elementów urządzeń transportujących wewnątrz suszarki wynoszące odpowiednio dla taśm co 24 miesiące, a dla wałków i rolek - co 36 miesięcy, na średnio 4 w okresie 10 lat. Nie jest przecież prawdą, iż na etapie realizacji umowy nastąpią 4 wymiany elementów urządzeń transportujących wewnątrz suszarki. Zgodnie ze złożoną ofertą wymiana taśm ma następować 5 razy, natomiast wymiana wałków i rolek 3 razy w okresie 10 lat. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał samowolnej zmiany treści oferty EKOLOBUD przez przyjęcie innej niż podanej w ofercie ilości wymian urządzeń transportowych wewnątrz suszarki oraz modyfikując podany w ofercie koszt tych wymian. Znamienne jest w szczególności to, iż zaniżone zostały w ten sposób dwukrotnie koszty eksploatacji oferty EKOLOBUD podane w Tabeli 3 poz. 9 zał. nr 7, stanowiące podstawę oceny oferty w kryterium oceny ofert. Działania te niewątpliwie

wpływają na wynik postępowania, gdyż spowodowały przyznanie ofercie EKOLOBUD najwyższej ilości punktów w kryterium „koszty eksploatacji” i w konsekwencji dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Powyższe stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W ocenie Odwołującego aby Zamawiający mógł zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie może mieć wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia Wykonawcy. Zmiana zaoferowanych przez EKOLOBUD w zał. Nr 7 kosztów eksploatacji powoduje istotną zmianę w treści oferty. Pojęcie „istotności zmiany treści oferty”, należy rozpatrywać w kontekście m.in. danego stanu faktycznego postępowania, sytuacji wykonawców w tym postępowaniu (ranking wykonawców), czy też wymogów SIWZ co do treści oferty i wynikających z nich skutków dla oceny ofert. Zmiana treści oferty dokonana przez Zamawiającego pismem z dnia 27 kwietnia 2011 r. niewątpliwie zmienia w przedmiotowym postępowaniu ranking Wykonawców, a więc wywołuje istotny skutek dla oceny ofert (umożliwia wręcz bezprawne pozyskanie zamówienia przez firmę EKOLOBUD). W opinii Departamentu Kontroli Urzędu Zamówień Publicznych korekta oferty, która wpływa na ocenę oferty pod kątem kryteriów oceny ofert, stanowi naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, gdyż prowadzi do istotnych zmian w jej treści. W ocenie odwołującego jego stanowisko potwierdza treść streszczenia oceny ofert załączonego do protokołu postępowania, z którego wynika, iż przed dokonaniem korekty kosztów eksploatacyjnych w ofercie EKOLOBUD oferta Odwołującego się przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i kosztów eksploatacji (97,85 pkt, w tym 57,85 pkt za cenę i 40,00 pkt koszty eksploatacji, a oferta EKOLOBUD - 91,84 pkt, w tym 60 pkt za cenę oraz 31,84 pkt za koszty- eksploatacji). Po bezprawnej ingerencji Zamawiającego w treść oferty EKOLOBUD ranking uległ zmianie na niekorzyść Odwołującego się.

W piśmie z dnia 27 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował także o dokonaniu zmiany treści oferty EKOLOBUD polegającej na usunięciu z oświadczenia w sprawie Kosztów eksploatacji (załącznika nr 7 Tab. 3 poz. 4, str. 19 oferty) kosztu oczyszczania skroplin. Decyzję swoją Zamawiający uzasadnia tym, że EKOLOBUD nie przewiduje w ofercie budowy podczyszczalni ścieków, co ma, zdaniem Zamawiającego, wynikać ze str. 113 oferty. W ocenie Odwołującego twierdzenie, na które powołuje się Zamawiający nie znajduje potwierdzenia w treści oferty. Na str. 113 oferty EKOLOBUD zamieścił oświadczenie, iż „Wykonawca zakłada skierowanie ścieku zaoferowanych instalacji do wspólnego oczyszczania na istniejących obiektach oczyszczania bez konieczności budowy podczyszczalni ścieków z budynków suszarni osadów”. W ocenie Odwołującego nie jest

uprawnione wnioskowanie z tego zapisu okoliczności nieprzewidywania budowy podoczyszczalni ścieków. W pozycji 7 na stronie 117 oferty EKOLOBUD wyraźnie podaje ilość odcieków ze skraplania pary przy suszeniu osadów odprowadzaną do kanalizacji o wielkości 1104 m³/d, natomiast w pkt 4 na stronie 19 oferty do kosztu oczyszczania skroplin zalicza tylko 46 m /d. Powyższe jednoznacznie wskazuje na to, że EKOLOBUD 46m³/h ścieków przewidział do podczyszczania, a jego koszt prawidłowo został uwzględniony w ofercie w Tabeli 3 poz. 4 zał. Nr 7. Działania Zamawiającego stanowią naruszenie art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż prowadzą do nieuprawnionej zmiany treści oferty. Z uwagi na to, iż koszty eksploatacji stanowią kryterium oceny ofert, ich bezprawne zaniżenie w ofercie EKOLOBUD wpływa istotnie na punktację w tym kryterium (prowadzi do zmiany rankingu Wykonawców w przetargu), a co za tym idzie na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W piśmie z dnia 27 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował również o zmianie treści oferty EKOLOBUD w poz. 12 Tabeli 1 zał. Nr 7, czyli o kolejnej ingerencji w oferowane koszty eksploatacji. W konsekwencji dokonanej zmiany rażąco zostało zaniżone całkowite zużycie energii elektrycznej na wysuszenie 43,33 tony osadów w ciągu doby. Zamawiający bezpodstawnie wyłączył z bilansu energetycznego zużycie energii elektrycznej zestawu hydroforowego i filtru samopłuczającego (znajdujących się na stronie 108 oferty - poz. nr 17 i 18), w efekcie czego pomniejszona została oferowana moc zainstalowana urządzeń łącznie o 74,55 kW. Z treści oferty EKOLOBUD (str. 110 oferty) wynika jednoznacznie, iż węzeł suszenia osadu ujęty jest w bilansie energetycznym w pozycjach od 12-24. Jest to zgodne z załączonym do oferty schematem i opisem technicznym. Na stronach 97 i 98 EKOLOBUD informuje że „Zestaw hydroforony jest niezbędny i stanowi nierozdzielna, część instalacji suszarni osadu”. Ze schematu jednoznacznie wynika, że z zestawu hydroforowego woda technologiczna podawana jest na suszarkę i skraplacz. Dla porównania: W ofercie firmy Ecoservis zestaw hydroforów i filtr samopłuczający wliczony jest do kosztów zużycia energii elektrycznej i w tym przypadku Zamawiający nie wykreślił go jako zbędnego. Powyższe dowodzi naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w prowadzonym przetargu, gdyż ocena ofert w kryterium koszty eksploatacji dokonana została na podstawie odmiennego sposobu przyjmowania przez Zamawiającego zużycia energii elektrycznej. W ocenie Odwołującego na szczególną dezaprobatę zasługuje dokonany przez Zamawiającego sposób obliczenia zużycia energii elektrycznej, nieodpowiadający ustaleniom treści SIWZ, a powodujący rażące zaniżenie w ofercie EKOLOBUD zużycia

energii elektrycznej. W treści załącznika nr 7 tabela 2 poz. 1 Zamawiający wskazał, że cena energii elektrycznej jest ceną za moc zainstalowaną, czyli sumą mocy silników podanych w poz. 11 tabeli 1 zał. nr 7. Z treści SIWZ wynika zatem jednoznacznie, iż w pozycji 11 tabeli nr 1 zał. nr 7 jednostkowe zużycie energii elektrycznej dla odparowania 1 tony H²O winno być liczone z mocy zainstalowanej. Zamawiający nieprawidłowo wylicza tymczasem zużycie energii elektrycznej w kW/dobę podając wartość 3418,4 kWh/d, która jest wartością wyliczoną na podstawie energii elektrycznej zużywanej w ciągu roku. Działania Zamawiającego stanowią naruszenie art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustaw, gdyż prowadzą do nieuprawnionej zmiany treści oferty. Zamawiający dopuścił się podwójnego zaniżenia kosztów energii elektrycznej - raz wyłączając zestaw hydroforowy i filtr samopluczący, a dwa wyliczając zużycie energii elektrycznej na podstawie energii zużywanej, a nie zainstalowanej jak wynika to z treści SIWZ. Zamawiający dokonując, w kryterium koszty eksploatacji, porównania oferty Odwołującego się z oferowanym zużyciem energii elektrycznej policzonym zgodnie z wymogami SIWZ tj. na podstawie mocy silników zainstalowanych, z ofertą EKOLOBUDU, z oferowanym zużyciem energii policzonym na podstawie mocy zużywanej, dopuścił się rażącego naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Konsekwencją naruszeń opisanych wyżej w pkt 3 jest bezprawne zaniżenie przez Zamawiającego kosztów energii elektrycznej zaoferowanych przez EKOLOBUD w zał. Nr 7

Tabela 3 poz. 1 (str. 18 oferty).

Zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdz. 14 pkt 1 ppkt 3 lit. p) SIWZ w ofercie należało przedstawić proponowane rozwiązanie technologiczne z podaniem w części opisowej wykazu wszystkich pracujących w ruchu ciągłym silników elektrycznych i ich mocy. EKOLOBUD w bilansie energetycznym (strona 108 oferty poz. 16) wymienił suszarkę kpi 1 o łącznej mocy zainstalowanej 162 kW bez podania mocy poszczególnych napędów tj: wentylatorów, napędów wałów i taśm, palników i pomp. Tym samym treść oferty EKOLOBUD nie odpowiada treści SIWZ, co winno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Treść oferty EKOLOBUD nie odpowiada również treści SIWZ w zakresie wymogów określonych w części III SIWZ dotyczących oczyszczania (dezodoryzacji) powietrza. Zamawiający w części III SIWZ (str. 21) określił wymóg: „Oczyszczanie (despdoryzacja) powietrza. Powietrze zakładu suszenia przed wypuszczeniem do atmosfery powinno być

mechanicznie oczyszczane z pyłów i substancji złowonnych (odorów). Proces ten powinien odbywać się na biofiltrze, adsorberze lub innych urządzeniach. Sprawność urządzeń dezodorujących powinna zapewnić stężenie siarkowodoru na wylocie nie wyższe niż 2,2ppm, a amoniaku nie wyższe niż 5ppm. Oczywiście stężenia te mogą być niższe. Urządzenia do usuwania substancji zapachowych nie będą urządzeniami do wytwarzania mgły i nie będą to maty pochłaniające." EKOLOBUD w złożonej ofercie (str. 93 i 94) zaoferował biofiltr wyposażony w nawilżacz powietrza zawierający urządzenia do wytwarzania mgły wodnej (pkt 3 strona 94 oferty). Tym samym należy stwierdzić, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, co w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy winno skutkować jej odrzuceniem.

30 maja 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. z siedzibą w Suwałkach przy ulicy Przytorowej 9, 16 – 400 Suwałki.

Zgłaszający przystąpienie wskazał, że zgłasza przystąpienie po stronie Zamawiającego.

6 czerwca 2011 roku Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo stanowiące „Odpowiedź na odwołanie”, wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów określonych pod numerem 1 uzasadnienia odwołania dotyczącym zasadności poprawiania innych omyłek oraz pod numerami: 2-6 uzasadnienia odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, z wyszczególnieniem kosztów zastępstwa prawnego.

Zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących obliczenia kosztów wymiany urządzeń i kosztów eksploatacji określonych pod numerem 1 uzasadnienia odwołania.

Zamawiający wskazał, że w dacie otwarcia ofert Odwołujący uzyskał 97,85 pkt (w tym 57,85pkt za kryterium „cena” i 40 pkt za kryterium „koszt eksploatacji”). Natomiast EKOLOBUD uzyskał 91,84 pky (w tym 60 pkt za kryterium „cena” i 31,84 pkt za kryterium „koszt eksploatacji”).W toku rozpatrywania złożonych ofert Zamawiający dokonał w nich poprawienia omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy tj. zarówno oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (art. 87 ust. 2 pkt. 1 i 2 ustawy), jak i innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3). Dotyczyło to zarówno oferty Odwołującego, jak też

pozostałych ofert, w tym EKOLOBUD. Zamawiający wskazał, że pojęcie „innych omyłek”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy znacznie szerszy zakres, niż oczywistych omyłek pisarskich bądź rachunkowych. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający argumentował, że poprawienie przez Zamawiającego omyłek może dotyczyć również ceny wskazanej w ofercie. Zamawiający dokonał poprawienia omyłek jedynie w załącznikach nr 7 do ofert Odwołującego i EKOLOBUD, tj. tylko i wyłącznie w zakresie kosztów eksploatacji instalacji do suszenia osadów ściekowych, które nie rzutowały na cenę ofert. Po dokonanych poprawieniach punktacja wyglądała następująco: Odwołujący uzyskał 96,32 pkt (w tym 57,85 pkt za kryterium „cena” i 38,47 pkt za kryterium „koszt eksploatacji”). Natomiast EKOLOBUD uzyskał 97,48 pkt (w tym 60pkt za kryterium „cena” i 37,48 pkt za kryterium „koszt eksploatacji”).

6 czerwca 2011 roku zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego, Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. z siedzibą w Suwałkach przy ulicy Przytorowej 9, 16 – 400 Suwałki, złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo procesowe.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wskazał, że brak jest jakichkolwiek podstaw do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako prawnie uzasadnionego do odrzucenia EKOLOBUD, gdyż okoliczności faktyczne istniejące w tymże postępowaniu, nie wypełniają przesłanek ustawowych określonych w tym przepisie prawa. Oferta EKOLOBUD posiada wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty określone w SIWZ, w tym kwestionowany Załącznik nr 7, który zawiera wszystkie wymagane dane. Istotnie, w treści Załącznika nr 7 oferty przetargowej EKOLOBUD, Zamawiający stwierdził omyłki w niektórych pozycjach tego dokumentu. Na uwagę zasługuje, że takowe omyłki zauważył także w pozostałych złożonych ofertach przetargowych u pozostałych Wykonawców. Zamawiający tak samo potraktował wszystkich Wykonawców i stwierdził, że w własnym zakresie, bez negocjacji z zainteresowanymi Wykonawcami, omyłki zakwalifikował, jako oczywiste niezgodności złożonych ofert z treścią SIWZ. Na tej podstawie, poprawił popełnione w treści oferty omyłki, głównie dotyczące informacji i danych, które podane zostały, w kwestionowanym przez Odwołującego Załączniku nr 7. Zasadą, korzystania z dyspozycji art. 87 ustawy, w prowadzonej procedurze zamówienia publicznego jest to, że napotkane „błędy” Wykonawców bezwzględnie spełniać muszą przesłankę ich oczywistości, a wynikać mogą tylko i wyłącznie z popełnionych, niezamierzonych przez Wykonawców omyłek np. rachunkowych, czy też innych pomyłek polegających na niezgodności złożonych ofert, z treścią SIWZ. Z takimi okolicznościami faktycznymi mamy do czynienia w przypadku działań Zamawiającego w przedmiotowym

postępowania o zamówienie publiczne. Kwestionowana przez Odwołującego treść Załącznika nr 7 w treści oferty EKOLOBUD a określająca przewidywane koszty eksploatacji proponowanej instalacji suszenia osadów, istotnie zawiera oczywiste omyłki i rachunkowe, jak i omyłki oczywiste, wynikające jednak z nieistotnej niezgodności treści oferty, w tym zakresie, z SIWZ. Zamawiający prawidłowo dokonał poprawy stwierdzonych w ofertach omyłek, które bez wątpliwości zakwalifikował, jako oczywiste po to, by móc prawidłowo i uczciwie dokonać oceny ofert, wg kryterium - Koszty eksploatacji 40 %. Koszty eksploatacji, Wykonawcy podali w treści Załącznika nr 7 i ten też dokument po poprawieniu oczywistych omyłek we wszystkich złożonych ofertach, był przedmiotem badania i oceny przez Zamawiającego, zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert, podanych w Rozdziale 25 ust. 2 SIWZ. Nietrafny jest zatem, zarzut Odwołującego o tym, że Zamawiający niezgodnie z obowiązującymi przepisami dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a postąpić powinien zgodnie z żądaniem Odwołującego i odrzucić ofertę EKOLOBUD jako niezgodną z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 maja 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *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.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. z siedzibą w Suwałkach przy ulicy Przytorowej 9, 16 – 400 Suwałki. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wniesieniu odwołania 27 maja 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia przez Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. z siedzibą w Suwałkach przy ulicy Przytorowej 9, 16 – 400 Suwałki nastąpiło 30 maja 2011 roku - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, tym samym Izba uznała, iż Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. z siedzibą w Suwałkach przy ulicy Przytorowej 9, 16 – 400 Suwałki stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) *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, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* – przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty EKOLOBUD mimo, że treść oferty EKOLOBUD nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Jednocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1 a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści* - oraz naruszenie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy – *Zamawiający poprawia w ofercie (...) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści ofert* – *niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona* - polegające na dokonaniu przez Zamawiającego istotnej zmiany w treści oferty EKOLOBUD. Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie* – tj.: równe traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uznała, iż odwołanie w podniesionych przez Odwołującego zakresie nie podlega uwzględnieniu.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że w art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W 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, iż 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, iż 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. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. 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). Wyjaśnienia z art. 87 ust. 1 dotyczy wszystkich elementów treści oferty - Zamawiający dokonując wyboru oferty w postępowaniu nie może pozostawić elementów oferty niejasnych, które w efekcie mogą doprowadzić do nienależytego wykonania zamówienia. 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. Jednakże w zakresie uprawnienia Zamawiającego nie mieści się prowadzenie żadnych negocjacji z wykonawcą, którego treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonanie jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający zwrócił się do wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia o złożenie wyjaśnień w zakresie treści złożonych ofert.

Istotnym i znamionym dla niniejszej sprawy jest również fakt, iż wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty). Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 1092/09). Nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust.2 ustawy, stanowi kanon stosowania art. 87 ust.1 ustawy (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 sierpnia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 992/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1324/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1281/09).

Nowelizacje ustawy Prawo zamówień publicznych, mające na celu odformalizowanie zbyt sformalizowanych elementów procedury udzielenia zamówienia publicznego, pozwalają w obecnym brzmieniu ustawy Zamawiającemu na dokonywanie w złożonych ofertach wyjaśnień zarówno treści oferty jak i treści złożonych dokumentów. W konsekwencji wyjaśnień, dokonanie poprawek w treści oferty. Czynność dokonania poprawy w treści oferty odpowiednio oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek, które polegają na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które nie powodują istotnej zmiany treści oferty, stanowi obowiązek Zamawiającego, o ile spełnione zostały stosowane przesłanki do dokonania poprawy treści złożonej oferty. Wynika to wprost z brzmienia 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.* W przypadku omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wyrazi zgody na dokonanie poprawy owych omyłek na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) wykonawca w terminie trzech dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3.* Natomiast oferty zawierające inne omyłki, których nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy podgalać odrzuceniu i stanowi to obowiązek Zamawiającego, który wynika z treści art. 89 ust.1.

Odwołujący wskazał w odwołaniu na naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 z uwagi na dokonanie w ofercie EKOLOBUD poprawy omyłek powodujących istotną zmianę treści tej oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek 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. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1516/08). Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność nie będzie ingerował wykonawca. Jednakże

należy mieć w szczególności na uwadze, że inne omyłki nie muszą mieć charakteru oczywistego, odmiennie niż omyłki pisarskie i omyłki rachunkowe. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy powinna oceniana być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09).

Izba uwzględniła zgromadzony materiał w sprawie, tj. dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz ofertę Odwołującego, które w ocenie Izby stanowią wiarygodne źródło informacji oraz są kluczowymi dokumentami dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, a także oświadczenia Stron złożone na rozprawie, które również mają w niniejszej sprawie istotne znaczenie. Izba uznała, że Zamawiający właściwie ocenił ofertę Odwołującego w zakresie omyłek i nie przekroczył dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Uwzględniając powyżej wskazaną argumentację prawną, odnosząc się do części pierwszej uzasadnienia odwołania i zawartych tam twierdzeń Odwołującego na poparcie postawionych w odwołaniu zarzutów, Izba wskazuje, że ustawodawca dopuścił poprawę innych omyłek, które polegają na niezgodności treści oferty z SIWZ, jednocześnie ustawodawca nie określił, nie wskazał jaka treść oferty nie może podlegać poprawie – wskazał jedynie, że poprawa innych omyłek nie może powodować istotnej zmiany treści oferty. Przepis ustawy nie ogranicza również możliwości poprawy omyłki co do granic liczbowych, kwotowych i innych, które byłyby podstawą korygowania zaistniałych innych omyłek w ofercie. To sam charakter omyłki – czyli jej istotność lub nieistotność – determinuje zastosowanie przepisu 87 ust.2 pkt 3 ustawy, natomiast nie będzie wyznacznikiem możliwości poprawienia tej omyłki fakt, że owa inna omyłka zaistniała w konkretnej części oferty. Istotność omyłki dotyczy samej oferty w odniesieniu do SIWZ, a nie istotności tej omyłki badanej przez pryzmat dokonywanej po złożeniu ofert oceny tych ofert i wynikających z tego faktu, konsekwencji w rankingu oceny ofert. Na uwagę jednocześnie zasługuje fakt, że nie istnieje katalog innych omyłek, które można stosować jako miernik a próba tworzenia takiego katalogu i odwoływanie się do niego jest nieuprawnione. W ocenie Izby, Zamawiający dokonując

poprawy w ofercie EKOLOBUD innych omyłek, które znajdowały się w tej części oferty która podlegała ocenie w kryteriach oceny ofert nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odnosząc się zaś do tej części uzasadnienia odwołania, która została uwzględniona przez Zamawiającego Izba wskazuje, że Odwołujący na rozprawie zgodził się w tym zakresie z Zamawiającym. Tym samym koszty wymiany taśm i rolek i innych, zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w piśmie Odpowiedź na odwołanie, co potwierdził również Odwołujący w odwołaniu, powinny wynosić: 872 816,00 zł. Zmiana kosztów wymiany części/urządzeń transportujących osady wewnątrz suszarki powoduje wzrost całkowitych kosztów eksploatacji w ofercie EKOLOBUD, który wyniesie: 29 002 120,00 zł + 872 816,00 zł = 29 874 936,00 zł. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, niezakwestionowanym przez Odwołującego, wynikająca z tego ilość punktów przyznanych EKOLOBUD za kryterium „koszty eksploatacji” wyniesie 36,93 a łączna suma punktów przyznanych EKOLOBUD 96,93 - natomiast Odwołujący uzyska łącznie 96,32 punkty. Tym samym, zmiana punktacji w kryterium eksploatacji nie będzie miała wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem po stosownym przeliczeniu oferta EKOLOBUD nadal uzyska większą liczbę punktów.

Odnosząc się do części drugiej uzasadnienia odwołania, przy jednoczesnym uwzględnieniu argumentacji prawnej zawartej w uzasadnieniu odwołania Izba wskazuje, że wykonawca EKOLOBUD oświadczył w treści oferty, że *Wykonawca zakłada skierowanie ścieków z zaoferowanej instalacji do wspólnego oczyszczania na istniejących obiektach oczyszczalni ścieków bez konieczności budowy podczyszczalni ścieków w budynku suszarni osadów.* W trakcie rozprawy zarówno Odwołujący jak i uczestnik postępowania odwoławczego oświadczyli, że nie będą budować podczyszczalni ścieków. W ofercie EKOLOBUD nie została przewidziana budowa podczyszczalni ponieważ zaoferowana technologia przewiduje jeden strumień ścieków wychodzących ze skraplacza (co wynika również ze schematu technicznego). Zgodnie z załącznik nr 7 tab.3 pkt 4 Zamawiający wymagał podania kosztów oczyszczania odcieków ze skraplania pary odprowadzanych do kanalizacji, a zgodnie z oświadczeniem złożonym przez uczestnika postępowania odwoławczego skraplanie pary następuje w skraplaczu – nie zostało to zakwestionowane przez Odwołującego. Brak budowy podczyszczalni ścieków jaki został wskazany w ofercie EKOLOBUD na str. 113 oraz informacja zawarta na str.11 pkt 8f wskazują jednoznacznie, że koszt jaki został ujawniony w zał. nr 7 tab. 3 pkt 4 oferty EKOLOBUD Zamawiający prawidłowo wyłączył i potraktował jako inną omyłkę.

W orzeczeniu Sądu Okręgowego w Krakowie czytamy: *Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp.* (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 roku sygn. akt XII Ga 429/09). Czynność poprawy omyłek w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prowadzi do zmiany treści oferty, jednakże charakter tych omyłek musi być taki, że sam Zamawiający jest w stanie dokonać tejże poprawy. W tym przypadku Zamawiający mógł stwierdzić, że treść oświadczenia wykonawcy podlega poprawie - poprawa sprowadziła się do usunięcia pozycji, tym bardziej jest to możliwe, iż samo usunięcie pozycji kosztu podczyszczania skroplin nie może stanowić istotnej zmiany w obliczu tego, iż technologicznie nie została przewidziana rozwiązanie jakiego została w ofercie podany koszt. Czynność Zamawiającego poprawy oferty na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 została dokonana prawidłowo.

W zakresie trzeciej i czwartej części uzasadnienia odwołania, przy uwzględnieniu powyższych wywodów Izba wskazuje, że w zakresie wyłączenia z bilansu energetycznego zużycia energii elektrycznej zestawu hydroforowego i filtra samopłuczającego Izba uznała działanie Zamawiającego za poprawne. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że urządzenia peryferyjne nie były brane już na wstępie przez Zamawiającego pod uwagę przy wyliczeniu wskaźnika zużycia energii elektrycznej ponieważ już na wstępie Zamawiający wyłączył z tego wyliczenia pompownię ścieków oczyszczonych oraz silos osadów oczyszczonych. Argumentacja Zamawiającego nie spotkała się z kontrargumentacją Odwołującego. Zamawiający wyjaśnił, że wymagał wyliczenia kosztów energii elektrycznej urządzeń biorących udział w procesie samego suszenia.

Odnosząc się do podnoszonego przez Odwołującego niewłaściwego wyliczenia przez Zamawiającego zużycia energii elektrycznej na podstawie energii zużywalnej a nie zainstalowanej, Izba w tym zakresie uwzględniła argumentację Zamawiającego i uznała, że działanie Zamawiającego było prawidłowe. Słuszność argumentacji Zamawiającego, że wyliczenie zużycia energii elektrycznej miało nastąpić na podstawie energii zużywanej wynika z zał. nr 7 tab. 2 pkt 1, gdzie Zamawiający wymagał odniesienia się do sumy mocy silników podanych w poz. 11 tab. 1 zał. nr 7, w którym to wymagał

podania jednostkowego zużycia energii elektrycznej dla odparowania 1 tony H₂O. Dodatkowo we wzorze zał. nr 7 w tab. Nr 3 w poz. 1 dotyczącej obliczenia kosztów eksploatacji zawarta została „*” zaś na ostatniej stronie załącznika (w ofercie EKOLOBUD str. 20) ta „*” (gwiazdka) została wyjaśniona czytamy, że koszty energii elektrycznej to *suma kosztów zużycia energii elektryczne i opłat za moc zainstalowana*. W części II rozdziału 4 SIWZ – wzór gwarancji – w pkt 10 jednoznacznie Zamawiający również wskazał na zużycie energii elektrycznej a nie zainstalowanej. Obowiązkiem wykonawców jest złożenie oferty poprawnej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, zaś obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie rzetelnej i zgodnej z przepisami czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie stanowi narzędzia do „naprawiania” źle złożonych ofert, lecz stanowi podstawę do poprawy omyłek, których dokonać może Zamawiający a ich znaczenie dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) przez Odwołującego w kontekście specyfikacji istotnych warunków nie będzie istotne (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 lutego 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 157/09, KIO/UZP 159/09, KIO/UZP 174/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1278/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 maja 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 779/10;).

W zakresie argumentacji Odwołującego zawartej w punkcie piątym uzasadnienia odwołania Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3* – do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia –w przedmiotowym postępowaniu, w złożonej ofercie EKOLOBUD nie sposób dopatrzeć się braku zgodności pomiędzy oświadczeniem jakie złożył EKOLOBUD

a wymaganiami Zamawiającego. Nie została dowiedziona przez Odwołującego niezgodność oświadczenia woli złożonego przez EKOLOBUD z oczekiwaniami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazać należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie. Dlatego też, uwzględniając że Odwołujący nie kwestionował podanej wartości mocy suszarki, Izba nie znalazła podstawy do uznania argumentacji Odwołującego.

Odnosząc się do argumentacji podniesionej w punkcie szóstym odwołania w zakresie zaoferowania przez EKOLOBUD urządzenia do oczyszczania powietrza – biofiltr zawierający urządzenie do wytwarzania mgły jako niezgodnego z SIWZ, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. W ocenie Izby uwzględnić należy w tym miejscu wymaganie Zamawiającego zawarte w SIWZ, gdzie czytamy: *Oczyszczanie (despdoryzacja) powietrza. Powietrze z układu suszenia przed wypuszczeniem do atmosfery powinno być mechanicznie oczyszczane z pyłów i substancji złowowonnych (odorów). Proces ten powinien odbywać się na biofiltrze, adsorberze lub innych urządzeniach. Sprawność urządzeń dezodorujących powinna zapewnić stężenie siarkowodoru na wylocie nie wyższe niż 2,2ppm, a amoniaku nie wyższe niż 5ppm. Oczywiście stężenia te mogą być niższe. Urządzenia do usuwania substancji zapachowych nie będą urządzeniami do wytwarzania mgły i nie będą to maty pochłaniające.* Literalnie brzmienie tej regulacji wskazuje, że Zamawiający jednoznacznie dopuścił oczyszczanie powietrza za pomocą biofiltru, z treści SIWZ wynika również, że zaoferowane urządzenie do usuwania substancji zapachowych nie będzie urządzeniem do wytwarzania mgły. Jednocześnie z wyjaśnień poczynionych na rozprawie wynika, że biofiltry muszą być wyposażone w instalacje nawadniające – co nie było kwestionowane przez Odwołującego. Tak więc, każdy biofiltr musi posiadać urządzenie do nawilżania i może to być właśnie deszczownia lub urządzenie wytwarzające mgłę. Zgodzić należy się zatem z twierdzeniem Zamawiającego, że jednym z elementów, zaoferowanego przez EKOLOBUD biofiltru jest urządzenie do wytwarzania mgły. Zamawiający nie dopuścił zaoferowania urządzeń do usuwania substancji zapachowych będących urządzeniami do wytwarzania mgły, jednocześnie nie ograniczył możliwości wykorzystania tego urządzenia w biofiltrze. Biofiltr zaoferowanego przez EKOLOBUD stanowi biologiczną instalację do usuwania substancji zapachowych, natomiast usuwanie odorów za pomocą urządzenia wytwarzającego mgłę stanowi metodę chemiczną, której nie stosuje w tej instalacji EKOLOBUD. Dodatkowo, Izba wskazuje, że nie był kwestionowany przez Odwołującego argument, że taki sposób oczyszczania powietrza – w pełni biologiczny – jest wystarczająco

wydajny i skuteczny, spełnia wymagania Zamawiającego co potwierdza (przykład) instalacja zrealizowana przez Odwołującego w Radomiu. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego nie potwierdza zgłoszonego przez niego zarzutu. Należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Oferta EKOLOBUD odpowiada wymaganiom Zamawiającego dlatego też nie może mieć do niej zastosowania przepis art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

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. Postępowanie przez Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*, należy wskazać, iż 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 incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona przez EKOLOBUD oferta powinna zostać odrzucona z postępowania, powinien był wykazać, udowodnić, że oferta nie odpowiada przedmiotowi zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a dokonanie poprawy omyłek nie mogły w szczególności nastąpić na podstawie i w oparciu o oświadczenie woli jakim jest oferta. Odwołujący poza dokumentacją postępowania nie przywołał na tę okoliczność innych dowodów, któryby potwierdzały jego stanowisko.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej*

miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). W świetle powyższych ustaleń w przedmiotowej sprawie, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszyło regulacji art. 7 ust 1, art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

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. 3 pkt. 1 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. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

