

Sygn. akt: KIO 718/12

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Rzońca

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 kwietnia 2012 r. przez **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Krakowski Holding Komunalny S.A. w Krakowie**

przy udziale uczestników postępowania:

1. **Posco Engineering & Construction Co., Ltd. w Goedong – dong, Nam-gu, Pohang, Gyeongsangbuk – do**, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
2. **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Budimex S.A. w Warszawie, Keppel Seghers Belgium NV w Willbroek, Cespa Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. w Barcelonie**, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
3. **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PBG S.A. w Wysogotowie, PBG Energia sp. z o.o. w Wysogotowie, Constructions Industrielles de la Mediterranee S.A. – CNIM w Paryżu, Control Process S.A. w Krakowie**, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** na rzecz **Krakowskiego Holdingu Komunalnego S.A. w Krakowie** kwotę 3 824 zł (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia cztery złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Uzasadnienie

Krakowski Holding Komunalny S.A. w Krakowie (dalej: „zamawiający”) prowadzi - na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – przetarg ograniczony w celu zawarcia umowy na budowę zakładu termicznego przekształcania odpadów (kontrakt 1).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 3 maja 2011 r. pod numerem 2011/S 85-139127.

Informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. oraz o tym, że żadna z czterech złożonych ofert nie została odrzucona i żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania, zamawiający przekazał Mostostalowi Warszawa S.A. faksem 2 kwietnia 2012 r. Odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Prezes Izby”) Mostostal Warszawa S.A. (dalej: „odwołujący”) wniósł 12 kwietnia 2012 r. (kopię odwołania przekazano zamawiającemu 12 kwietnia 2012 r. pocztą elektroniczną).

Odwołujący zakwestionował zaniechania dokonania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp, tj.:

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w składzie (1) PBG S.A., (2) PBG Energia sp. z o.o., (3) Constructions Industrielles de la Mediterranee S.A. - CNIM, (4) Control Prcess S.A. (dalej: „konsorcjum PBG”),

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w składzie (1) Budimex S.A., (2) Keppel Seghers Belgium N.V., (3)

Cespa Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. (dalej: „konsorcjum Budimex”) oraz zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum PBG oraz na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Budimex,
- art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie, polegające na poprawieniu w ofercie konsorcjum PBG w części 2 załącznika do oferty (wykaz parametrów oferowanych) w tabeli 10 pozycji 10 kolumna „Wskaźnik gwarantowany”, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a w konsekwencji naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp;
- art. 87 ust. 1 Pzp poprzez przyjęcie uzupełnienia treści oferty konsorcjum Budimex w wyniku podania przez konsorcjum Budimex nowych danych w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w sprawie kosztów linii lub węzła waloryzacji żużla,
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,.

W konsekwencji odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- (I) nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny oferty konsorcjum PBG w zakresie przesłanek odrzucenia oferty,
- (II) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum PBG,
jak również
- (III) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz
- (IV) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów zostało wskazane, iż konsorcjum PBG w części 2 załącznika do oferty (wykaz parametrów oferowanych) w tabeli 10 (pn. parametry nieuwzględnione w kryteriach oceny ofert) w pozycji 10 dotyczącej parametru -drżania wału jako wartość tego wskaźnika gwarantowanego podało liczbę „75” (k.20 oferty). Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty konsorcjum PBG pomimo tego, iż treść tej oferty nie odpowiadała treści siwz. Sprzeczność treści oferty konsorcjum PBG z treścią siwz – w opinii odwołującego - polega na zaoferowaniu wskaźnika drżania wału poza dopuszczalnym postanowieniami siwz przedziałem możliwej do zaoferowania wartości.

Zgodnie z wymaganiami wskazanymi przez zamawiającego we wzorze części 2 załącznika do oferty (wykaz parametrów oferowanych) w tabeli 10 (pn. parametry nieuwzględnione w kryteriach oceny ofert) w pozycji 10, dotyczącej parametru drgania wału, parametr ten miał być zaoferowany jak parametry dla urządzeń grupy 1 strefy A/B dopuszczone w normie europejskiej ISO 10816 - 3 Mechanical vibration - Evaluation of machine vibration by measurements on non-rotating parts - Part 3 (drgania mechaniczne - ocena drgań maszyn na podstawie pomiarów na częściach niewirujących - część 3). Konieczność zaoferowania parametru drgania wału zgodnie z wymaganiami opisanymi w normie ISO 10816 - 3 wynika bezpośrednio z treści wzoru tabeli 10 (pn. parametry nieuwzględnione w kryteriach oceny ofert) jako części 2 załącznika do oferty (wykaz parametrów oferowanych). Wzór ten stanowił integralną część siwz. Zamawiający określił w nim jednoznacznie w kolumnie czwartej tabeli 10, iż wartości wskaźnika jak dla urządzeń grupy 1 strefy A/B dopuszczone w normie ISO 10816 - 3 stanowią wskaźnik wymagany od wykonawców. Tym samym postanowienia siwz określiły jednoznaczny wymóg zaoferowania wskaźnika drgania wału jedynie w przedziale dopuszczonym dla urządzeń grupy 1 strefy A/B wskazanych w normie ISO 10816 - 3.

Zgodnie z treścią normy ISO 10816 - 3 dopuszczalna wartość drgań wynosi maksymalnie 29. Tym samym zaoferowanie przez konsorcjum PBG wartości wskaźnika drganie wału na poziomie 75, tak jak miało to miejsce w ofercie tego konsorcjum, jest sprzeczne z postanowieniami siwz, gdyż nie odpowiada wartościom wymaganych przez zamawiającego w siwz. Pomimo takiej wadliwości oferty konsorcjum PBG zamawiający zaniechał jej odrzucenia i dokonał poprawienia zaoferowanego wskaźnika drgania wału z wartości 75 (wykraczającej poza wartości dopuszczone normą ISO 10816 - 3) na wartość 29. Czynności te zostały dokonane przez zamawiającego z powołaniem na art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (pismo zamawiającego do konsorcjum PBG z 27 marca 2012 r. informujące o poprawieniu wartości wskaźnika drgania wału, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty). Konsorcjum PBG pismem z 29 marca 2012 r. wyraziło zgodę na poprawienie wartości wskaźnika drgania wału, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz., niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie odwołującego działanie to jest sprzeczne z postanowieniami art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przywołany przepis ustawy umożliwia dokonanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący wyraził pogląd, iż pomimo ukształtowania się względnie liberalnej praktyki jego stosowania, przepis ten nie jest *sui generis* furtką umożliwiającą sanowanie wszelkich wadliwości ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący argumentował, że pomimo szerokiego zakresu przedmiotowego, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi wyjątek od generalnej zasady wyrażonej w art. 87 ust. 1 Pzp, tj. od zakazu

prowadzenia między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Dla poparcia swoich twierdzeń przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej dnia 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2810/11), w którym zauważono, że „Możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji”. Odwołujący podkreślił, że w stanie faktycznym sprawy zamawiający wadliwie zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący podniósł, że poprawienie wskaźnika drgania wału z wartości 75 na wartość 29 zostało dokonane w sposób arbitralny i w całkowitym oderwaniu od treści oferty PBG. W ofercie tej nie ma jakiegokolwiek postanowienia, które mogłoby naprowadzić zamawiającego na wartość wskaźnika 29 bądź uzasadnić przypuszczenie, iż intencją konsorcjum PBG było zaoferowania wskaźnika drgania wału w takiej (a nie innej) wartości. Odwołujący zwrócił uwagę, iż oferty złożone w tym postępowaniu nie musiały zawierać i nie zawierały żadnego opisu technicznego oferowanego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Oferta konsorcjum PBG składała się jedynie z (1) załącznika do oferty (zawierającego wskazanie oferowanych wartości parametrów technicznych), (2) innych dokumentów wymienionych w wykazie parametrów ocenianych, czyli dokumentów potwierdzających ceny mediów, reagentów, addytywów, materiałów lub dodatkowych kosztów, (3) pełnomocnictwa oraz (4) dowodu wniesienia wadium (k. 4 oferty). Zamawiający nie miał zatem jakiegokolwiek możliwości wywiedzenia z treści oferty konsorcjum PBG wartości 29, którą przyjął do poprawienia wartości wskaźnika drgania wału. Nie jest zdaniem odwołującego wykluczone, iż wskaźnik ten mógłby mieć jakąkolwiek inną wartość, dopuszczoną wedle normy ISO 10816 - 3. Nie wiadome, czy wartość ta miałaby się wyrażać liczbą całkowitą, jak to uczynił w poprawce zamawiający, czy też miałaby wartość liczby ułamkowej, a jeżeli tak, to w jakim ułamku wyrażonej. W tych okolicznościach faktycznych dokonanie poprawienia oferty konsorcjum PBG, poprzez określenie przez zamawiającego wartości 29 wskaźnika drgania wału, jest złożeniem przez zamawiającego kontrpropozycji wartości tego wskaźnika, na poziomie wartości 29, w stosunku do wartości 75 zaproponowanej w ofercie. Nie istniały bowiem jakiegokolwiek przesłanki pozwalające zamawiającemu zdekodować, iż właściwą intencją konsorcjum PBG (jedynie wadliwie wyrażoną) było zaoferowanie wartości tego

wskaźnika na poziomie 29. Ponadto dokonana zmiana wartości wskaźnika drgania wału nie może być uznawana za niepowodującą istotnej zmiany treści oferty. Judykatura Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, iż oceniając istotność zmiany treści oferty należy oceniać ad casum, biorąc pod uwagę również wymiar dokonanej zmiany (vide: wyrok z dnia 9 marca 2011 r., sygn. akt KIO 362/11). W omawianym przypadku – jak podkreślił odwołujący - poprawienie wartości wskaźnika z 75 na 29 stanowi niemal trzykrotne jego obniżenie. Taka zmiana nie może być uznawana za nieistotną z uwagi na wielkość jej wymiaru. Za niemożnością uznania zmiany wartości wskaźnika drgania wału za zmianę nieistotną przemawiają także – zdaniem odwołującego - postanowienia siwz. Zamawiający nie oczekiwał od wykonawców załączenia do ofert jakichkolwiek opisów technicznych. Wartości poszczególnych parametrów technicznych miały być wyartykułowane przez wykonawców w załączniku do oferty (w którego skład wchodziła również tabela 10, obejmująca wartość wskaźnika drgania wału). W ocenie odwołującego jest to widomy znak, iż wskaźniki te miały niezwykle istotną doniosłość dla zamawiającego, skoro z jednej strony wyodrębnił dla nich specjalną część załącznika do oferty, zaś z drugiej - zrezygnował z ustanowienia obowiązku załączenia jakichkolwiek opisów technicznych do ofert wykonawców. Oznacza to, iż elementy te stanowiły istotną treść oferty, podlegającą ocenie i badaniu, tak w zakresie technicznych kryteriów oceny ofert, jak w odniesieniu do zagadnienia zgodności z treścią siwz. Postępowanie dotyczy instalacji wartej kilkaset milionów PLN. Jeżeli zatem zamawiający rezygnuje w takim postępowaniu z załączenia jakichkolwiek opisów technicznych, a oczekuje podania parametrów technicznych, oznacza to, iż są to elementy przedmiotowo istotne w ofercie wykonawcy biorącego udział w takim postępowaniu.

W konsekwencji, zdaniem odwołującego, wadliwość oferty konsorcjum PBG nie mogła być sanowana w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, lecz stanowiła sprzeczność treści oferty z treścią siwz, kwalifikującą ją do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią siwz ma miejsce w szczególności w przypadku, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w siwz co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów dotyczących wykonania (wyrok z dnia 12 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2555/11). W tym przypadku oferta konsorcjum PBG była sprzeczna z wymogiem zaoferowania wartości wskaźnika drgania wału zgodnie z wymaganiami normy europejskiej ISO 10816-3. Zmiana dokonana przez zamawiającego w trybie (wadliwie zastosowanego) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp głęboko ingeruje w treść oferty, rozumianej jako merytoryczne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w siwz.

Mostostal wskazał także na dalsze okoliczności, mające uzasadniać sprzeczność treści oferty konsorcjum PBG, z treścią siwz. Zamawiający pismem z 9 marca 2012 r. wezwał konsorcjum PBG m.in. do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie kosztów linii lub

węzła waloryzacji żużla, gdyż konsorcjum PBG ani w tabeli 1, ani w tabeli 3 części 2 załącznika do oferty (wykaz parametrów oferowanych) nie wskazano kosztów wynikających z ewentualnego składowania żużli nienadających się do wykorzystania gospodarczego, podczas gdy w tabeli 10, pozycja 4 tego samego dokumentu wskazano gwarantowany odsetek takich żużli. W związku z tym zamawiający wprost zapytał konsorcjum PBG, czy oferowana technologia nie powoduje powstania żużli nie nadających się do wykorzystania gospodarczego, a jeśli powoduje, to w jaki sposób będą one zagospodarowywane (pytanie nr 7). W odpowiedzi na to pytanie konsorcjum PBG wskazało, że brak ewentualnych kosztów składowania żużli nienadających się do wykorzystania gospodarczego wynika z faktu, iż w ocenie konsorcjum PBG nie są to koszty związane z pracą linii, czy też węzła waloryzacji (pismo zamawiającego z 9 marca 2012 r. oraz pismo konsorcjum PBG z 16 marca 2012 r.). Z powołanej odpowiedzi jednoznacznie wynika, iż konsorcjum PBG nie podało w tabeli 1 cz. 2 załącznika do oferty kosztów składowania żużli nienadających się do wykorzystania gospodarczego. W tym zakresie zatem odwołujący stwierdził, że zachodzi pełna sprzeczność z treścią siwz, zamawiający wymagał bowiem, aby w przypadku konieczności stosowania innych mediów, reagentów, addytywów, materiałów lub dodatkowych kosztów związanych z pracą linii, wykonawca uzupełni tabelę, dodając stosowną liczbę wierszy, wraz z podaniem nazw tych substancji, miar i cen jednostkowych netto. Zapis taki został zamieszczony w przypisie 3 do wzoru załącznika do oferty (cz. 2 tabela 1). Odwołujący podniósł, iż żużel jest produktem wynikającym z pracy linii. Zgodnie z PFU – (punkt 8.5) węzeł waloryzacji żużla służy uzyskaniu kruszywa o frakcji stosowanej w budownictwie. Zgodnie z odpowiedzią konsorcjum PBG w węźle waloryzacji, poza frakcją nadającą się do stosowania w budownictwie, będzie powstawał również żużel nienadający się do wykorzystania gospodarczego. W związku z tym zamawiający będzie musiał deponować taki żużel na składowisku, co w sposób oczywisty generuje koszty, które nie zostały uwzględnione w ofercie konsorcjum PBG, a powinny się tam znaleźć. Z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał wszystkich kosztów, których wskazania oczekiwał zamawiający w tabeli 1 części 2 załącznika do oferty, zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty konsorcjum PBG, czego bezpodstawnie zaniechał.

Zamawiający pismem z 9 marca 2012 r. wezwał konsorcjum Budimex m.in. do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie kosztów linii lub węzła waloryzacji żużla, gdyż konsorcjum Budimex ani w tabeli 1, ani w tabeli 3 części 2 załącznika do oferty (wykaz parametrów oferowanych) nie wskazano kosztów wynikających z ewentualnego składowania żużli nienadających się do wykorzystania gospodarczego, podczas gdy w tabeli 10, pozycja 4 tego samego dokumentu wskazano gwarantowany odsetek takich żużli. W związku z tym zamawiający wprost zapytał konsorcjum Budimex, czy oferowana technologia nie powoduje powstania żużli nie nadających się do wykorzystania gospodarczego, a jeśli powoduje, to w

jaki sposób będą one zagospodarowywane (pytanie nr 2). W odpowiedzi na to pytanie, konsorcjum Budimex, w piśmie z 15 marca 2012 r., jednoznacznie przyznało, że proponowana przez nie technologia powoduje powstawanie żużli nienadających się do wykorzystania gospodarczego, a żużle te będą odbierane przez firmę specjalistyczną i składowane na składowisku odpadów. Zarazem konsorcjum Budimex poprosiło w tej odpowiedzi o uzupełnienie tabeli 1 części 2 załącznika do oferty (wykaz parametrów oferowanych) o rubrykę:

„Odbiór żużli pozaklasowych, Cena jednostkowa 470 PLN/Mg

Wartości w punktach pomiarowych w Mg/Mg odpadów K1: 0,0058; K2: 0,0057; K3: 0,0057; K4: 0,0037;

Wskaźnik kosztów: 2,60 PLN/Mg odpadów”.

Zdaniem odwołującego odpowiedź konsorcjum Budimex jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca ten złożył ofertę, której treść jest sprzeczna z treścią siwz. Zamawiający wymagał bowiem, aby w przypadku konieczności stosowania innych mediów, reagentów, addytywów, materiałów lub dodatkowych kosztów związanych z pracą linii, wykonawca uzupełni tabelę dodając stosowną liczbę wierszy, wraz z podaniem nazw tych substancji, miar i cen jednostkowych netto. Postanowienie takie zostało zamieszczone w przypisie 3 do wzoru załącznika do oferty (cz. 2 tabela 1). Dokonana zmiana oferty konsorcjum Budimex, polegająca na uzupełnieniu załącznika do oferty o niewskazany pierwotnie koszt eksploatacyjny, stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty. Nie można bowiem w świetle Pzp uzupełnić swojej oferty, o czym przesądza jednoznacznie brzmienie art. 87 ust. 1 Pzp. Znaczenie dokonanej zmiany jest dodatkowo istotne także z tego powodu, iż dotyczy parametru, który stanowi część składową załącznika będącego podstawą do dokonywania oceny ofert w ramach jednego z kryteriów oceny ofert (koszty eksploatacji i produkcji). Gdyby dopuścić możliwość nieskrępowanego uzupełniania i zmiany treści ofert w zakresie informacji przyjmowanych do oceny w ramach kryteriów oceny ofert, to wykonawcy, znając treści pozostałych ofert, mogliby swobodnie wpływać na wynik postępowania. Stąd też działanie takie uznać należy za niedopuszczalne na gruncie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie miał prawa, w ramach przyjęcia wyjaśnień konsorcjum Budimex, do dokonania poprawki oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Powinien natomiast dokonać odrzucenia oferty konsorcjum Budimex z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał wszystkich kosztów, których wskazania oczekiwał zamawiający w tabeli 1 części 2 załącznika do oferty.

Zamawiający 13 kwietnia 2012 r. zawiadomił wykonawców o odwołaniu i wezwał do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazując kopię odwołania. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie: dnia 13

kwietnia 2012 r. - konsorcjum Budimex (po stronie zamawiającego) oraz dnia 16 kwietnia 2012 r.: konsorcjum PBG (po stronie zamawiającego) oraz, po stronie odwołującego, Posco Engineering & Construction Co., Ltd. w Goedong – dong, Nam-gu, Pohang, Gyeongsangbuk – do (dalej: „Posco”).

Zamawiający pismem z 23 kwietnia 2012 r. odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zdaniem zamawiającego odwołanie wniesione zostało przez podmiot nieuprawniony. Argumentował, że oferta odwołującego uznana została za najkorzystniejszą, zarzuty odwołania dotyczą dwóch konkurencyjnych ofert, które otrzymały mniejszą liczbę punktów niż odwołujący. Wskazał, że nawet gdyby uznać zasadność żądań zawartych w odwołaniu, a dotyczących odrzucenia ofert konsorcjum PBG i konsorcjum Budimex, takie zaniechanie (nieodrzućenie ofert powołanych wykonawców) nie spowodowałoby poniesienia przez odwołującego szkody i to zarówno w sytuacji, w której oferta odwołującego jest najkorzystniejsza, jak i w sytuacji uwzględnienia odwołania wniesionego przez konsorcjum PBG, w którym domaga się m.in. odrzucenia oferty odwołującego. W tym ostatnim przypadku to, czyja oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą nie stanowi o szkodzie poniesionej przez odwołującego.

Z ostrożności zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że poprawienie omyłki dotyczącej wielkości drgań wału turbiny parowej TP, było w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dopuszczalne. Podkreślił, że nie można zakładać wobec konsorcjum PBG, będącego profesjonalistą, że jego intencją czy wolą było złożenie oferty niezgodnej z treścią siwz. Wartość wskaźnika drgania wału (29) została ustalona przez zamawiającego w oparciu o normę, którą przywołał w siwz i odniesienie do której znajdowało się w ofercie konsorcjum PBG (jako do parametru wymaganego). Na fakt, iż doszło do pomyłki wskazuje m.in. brak w powołanej normie wartości wskaźnika pierwotnie podanego w ofercie konsorcjum PBG. Ponadto obecnie nie występują nowe turbiny a takiej wielkości i przeznaczeniu, dla których poziom drgań wynosiłby 75 μm p - p. Dodał, że parametr, w odniesieniu do którego stwierdzono omyłkę, jest jednym z bardzo licznych parametrów, które wykonawca był zobowiązany przedstawić w swojej ofercie. Przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), z którego wynika, że istotność zmiany należy oceniać w odniesieniu do całości treści ofert i nie można wykluczyć, że identyczna omyłka a w dwóch różnych postępowaniach z tego samego powodu będzie oceniana odmiennie. Dla poparcia swojej argumentacji wskazał na wyrok KIO z 8 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 138/11), w którym Izba zaaprobowała poprawę omyłki polegającą na wskazaniu w ofercie wymiarów elementu przedmiotu zamówienia większego od dopuszczalnych w siwz. Dalej zamawiający stwierdził, że jednym z kryteriów oceny ofert było kryterium kosztów eksploatacji. Ocenie podlegały koszty funkcjonowania Lii, rozruchy,

węzła waloryzacji żużla oraz węzła stabilizowania i zestalania. Zamawiający we wzorach tabeli części II załącznika do oferty, pośród licznych kosztów, jakie mogą pojawić się w pracy linii, węzła waloryzacji żużla i węzła stabilizowania i zestalania nie wymienił kosztów składowania żużli nienadających się do wykorzystania gospodarczego. Zgodnie z definicją „kosztów eksploatacji” zawartą w załączniku 12 do PFU wskazane w tabelach koszty stanowiły „wybrane składniki całkowitych kosztów eksploatacji Zakładu, uznane przez Zamawiającego jako najbardziej znaczące, mogące istotnie różnić się w poszczególnych Ofertach i warunkujące ekonomiczną eksploatację Zakładu”. Biorąc pod uwagę cytowaną definicję kosztów eksploatacji, zdaniem zamawiającego, koszty składowania żużli nienadających się do wykorzystania gospodarczego mogą nie być uznawane za koszty eksploatacji linii czy węzła waloryzacji żużla, a zatem wykonawcy nie musieli ich wykazywać w ofercie. Analogiczna argumentacja dotyczy oferty konsorcjum Budimex. W uzupełnieniu dodał, że nie poprawił żadnej omyłki w ofercie konsorcjum Budimex w zakresie kosztów składowania żużli nienadających się do wykorzystania gospodarczego. Omyłki, których poprawy dokonał, dotyczyły innych kwestii, niż wskazywana w odwołaniu.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Status uczestników postępowania uzyskali: konsorcjum Budimex oraz konsorcjum PBG, którzy skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz Pesco, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Izba ustaliła, że zamawiający 2 kwietnia 2012 r. za najkorzystniejszą uznał ofertę odwołującego. W postępowaniu zostały złożone cztery oferty – żadnej z nich zamawiający nie odrzucił. Żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania. W odwołaniu zostały sformułowane zarzuty dotyczące ofert konsorcjum Budimex oraz konsorcjum PBG. Natomiast nie sformułowano żadnych zarzutów dotyczących czwartego wykonawcy i jego oferty, tj. Pesco.

Zważywszy powyższe należy wskazać, iż odwołujący jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, gdyż posiada status

wykonawcy, jednak nie jest legitymowany do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (przesłanki materialno-prawne wniesienia odwołania).

Zdaniem Izby odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Złożył ofertę - i to najkorzystniejszą – zatem niewątpliwie ubiegając się, jako wykonawca, o zamówienie w tym postępowaniu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Do rozstrzygnięcia pozostaje, czy w stanie faktycznym sprawy odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku wskazywanych w odwołaniu naruszeń ustawy.

W tym miejscu zasadne jest wskazanie, że ani w kodeksie cywilnym, ani w Pzp pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednak trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom Pzp. Konieczne jest tym samym wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy wymaga podkreślenia, że powoływane w odwołaniu uchybienia dotyczą oceny ofert konkurencji – wykonawców, którzy uzyskali mniejszą niż odwołujący liczbę punktów i zajęli w rankingu ofert drugie (konsorcjum PBG) i trzecie (konsorcjum Budimex) miejsce. W okolicznościach sprawy potwierdzenie się

zarzutów odwołania pozostawałoby bez wpływu na możliwość uzyskania przez odwołującego przedmiotowego zamówienia. Zaniechanie odrzucenia ofert niżej sklasyfikowanych niż oferta odwołującego w żadnym razie nie wpływa na sferę ochrony interesów odwołującego związanych z ochroną prawa do uzyskania przezeń zamówienia. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób pozostanie oferty konkurencji w postępowaniu, może skutkować wyrządzeniem mu szkody, zagrażając jego pozycji, jako składającemu ofertę najkorzystniejszą. Składanie środków ochrony prawnej w stosunku do ofert i wykonawców zajmujących niższą pozycję w rankingu jest zbędne, także uwzględniając powoływaną przez odwołującego zasadę koncentracji środków ochrony prawnej. W przypadku dokonania ponownej oceny ofert, na tę czynność przysługiwać będzie odwołującemu prawo wniesienia odwołania i termin na jej zakwestionowanie będzie liczony zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp, tj. od przesłania przez zamawiającego informacji o nowej czynności/zaniechaniu zamawiającego. Odwołanie zatem nie będzie wówczas mogło być uznane za spóźnione i w związku z tym odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołanie zostanie odrzucone natomiast, gdy dotyczyć będzie czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu (art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp) lub odwołujący powoła się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego (art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp). Zdaniem Izby jednak ta ostatnia przesłanka odrzucenia odwołania nie zaktualizuje się w sytuacji, gdy Izba oddaliła odwołanie ze względu na brak legitymacji czynnej po stronie odwołującego – wówczas nie dochodzi bowiem do rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp. W konsekwencji należy wskazać, że odwołujący nie poniósł i nie może ponieść szkody w wyniku powołanych w odwołaniu naruszeń ustawy.

Tym samym w niniejszym postępowaniu wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania co najmniej możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę, iż odwołujący wykazał interes, a możliwości poniesienia szkody nawet nie uprawdopodobnił, zasadnym jest przyjęcie, że na gruncie badanej sprawy nie jest legitymowany do wniesienia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....