

**WYROK**  
**z dnia 3 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2012 r. przez **Odwołującego** – ELWO SA z siedzibą w Pszczynie w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – Spółkę Energetyczną „Jastrzębie” SA z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju

przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego EKO-ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Zamawiającemu** Spółce Energetycznej „Jastrzębie” SA z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju powtórzenie badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Spółkę Energetyczną „Jastrzębie” SA z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – ELWO SA z siedzibą w Pszczynie, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Spółki Energetycznej „Jastrzębie” SA z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju na rzecz **Odwołującego** – ELWO SA z siedzibą w Pszczynie, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Spółka Energetyczna „JASTRZĘBIE” S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju (zwana dalej Zamawiającym bądź SEJ), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Modernizacja elektrofiltru oraz układu odbioru i transportu popiołu z elektrofiltru kotła WP-70 nr 5 w Spółce Energetycznej „JASTRZĘBIE” EC Zofiówka.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 16 sierpnia 2012 r., poz. 2012/S 156-261159 Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych) i jest zamówieniem sektorowym.

W dniu 13 grudnia 2012 r. ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez przeprowadzenie z EKO-ENERGIĄ negocjacji dotyczących treści złożonej przez nią oferty.
- b) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez poprawienie oferty EKO- ENERGI w następującym zakresie:
  - 1) w części technicznej - opis techniczny (s. 14 oferty) z zapisu: z pokryciem blachowym z blach trapezowej powlekanej dla atmosfery o kategorii korozyjności C4 na zapis: z pokryciem blachowym z blach trapezowej powlekanej dla atmosfery o kategorii korozyjności C5-I.
  - 2) w części technicznej - opis techniczny (s. 14 oferty) z zapisu: remont i uzupełnienie instalacji oświetlenia zewnętrznego oraz remont i uzupełnienie gniazd serwisowych na zapis: instalacja oświetlenia zewnętrznego, gniazda serwisowe, urządzenia, materiały, okablowanie, szafy, zespoły wysokiego napięcia, regulatory wysokiego napięcia, sterowniki, panel operatorski, instalacja odgromowa, gniazda remontowe, instalacje osiedleniowe itp. będą nowe.
  - 3) w załączniku nr 2.1 do SIWZ - Harmonogram realizacji dla Etapu I i II, poprzez zastąpienie pierwotnej treści tego załącznika dokumentem dołączonym przez EKO-ENERGIĘ do pisma z dnia 22 listopada 2012 roku.
  - 4) w załączniku nr 2.2 do SIWZ - Harmonogram płatności dla Etapu I i II poprzez zastąpienie pierwotnej treści tego załącznika dokumentem dołączonym przez EKO-ENERGIĘ do pisma z dnia 22 listopada 2012 roku.

- mimo, iż w/w poprawki doprowadziły do istotnych zmian w treści oferty EKO-ENERGII.

c) naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w postaci obejścia - poprzez bezpodstawne wykorzystanie instytucji określonych w art. 87 Prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji zezwolenie EKO-ENERGII na uzupełnienie Harmonogramu realizacji i Harmonogramu płatności - zakazu uzupełniania dokumentów i oświadczeń kreujących treść oświadczenia woli wykonawcy.

d) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EKO-ENERGII, mimo, iż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ w następującym zakresie:

1) w części, w której EKO-ENERGIA zaoferowała: pokrycie blachowe z blachy trapezowej powlekanej dla atmosfery o kategorii korozyjności C4, zamiast: pokrycia blachowego z blachy trapezowej powlekanej dla atmosfery o kategorii korozyjności C5-I.

2) w części, w której EKO-ENERGIA zaoferowała: remont i uzupełnienie instalacji oświetlenia zewnętrznego oraz remont i uzupełnienie gniazd serwisowych, zamiast nowych urządzeń.

3) w części, w której EKO-ENERGIA nie wskazała w ofercie, w jakim czasie wykona Prace w branży konstrukcyjno-budowlanej, dostawy (z rozbiem na rodzaje robót wskazane przez Zamawiającego w załączniku nr 2.1 do SIWZ).

4) w części, w której EKO-ENERGIA nie wskazała w ofercie, w jakim czasie wykona Prace w branży mechanicznej, dostawy (z rozbiem na rodzaje robót wskazane przez Zamawiającego w załączniku nr 2.1 do SIWZ).

5) w części, w której EKO-ENERGIA nie wskazała w ofercie, w jakim czasie wykona Prace w branży elektrycznej, sterowniczej, AKPiA, dostawy (z rozbiem na rodzaje robót wskazane przez Zamawiającego w załączniku nr 2.1 do SIWZ).

6) w części, w której EKO-ENERGIA nie wskazała w ofercie, w jakim czasie wykona Dokumentację (w ramach Prac zakończeniowych).

7) w części, w której EKO-ENERGIA zobowiązała się przyjąć płatność za Etap nr I w siedmiu częściach (zamiast - we wskazanych przez Zamawiającego w załączniku nr 2.2 - pięciu częściach).

8) w części, w której EKO-ENERGIA zobowiązała się przyjąć płatność za Etap nr II w sześciu częściach (zamiast - we wskazanych przez Zamawiającego w załączniku nr 2.2 - pięciu częściach).

9) w części, w której EKO-ENERGIA nie wskazała w ofercie, kiedy i na jaką kwotę wystawi fakturę za Prace w branży konstrukcyjno- budowlanej, dostawy w obu etapach robót (z rozbiem płatności na rodzaje robót wskazane przez Zamawiającego w załączniku nr 2.2 do SIWZ).

10) w części, w której EKO-ENERGIA nie wskazała w ofercie, kiedy i na jaką kwotę wystawi fakturę za Prace w branży mechanicznej, dostawy w obu etapach robót (z rozbiem płatności na rodzaje robót wskazane przez Zamawiającego w załączniku nr 2.2 do SIWZ).

11) w części, w której EKO-ENERGIA nie wskazała w ofercie, kiedy i na jaką kwotę wystawi fakturę za Prace w branży elektrycznej, sterowniczej, AKPiA, dostawy w obu etapach robót (z rozbiem płatności na rodzaje robót wskazane przez Zamawiającego w załączniku nr 2.2 do SIWZ).

12) w części, w której EKO-ENERGIA nie wskazała w ofercie, kiedy i na jaką kwotę wystawi fakturę za wykonanie Dokumentacji (w ramach Prac zakończeniowych) w obu etapach robót.

13) w części, w której EKO-ENERGIA zobowiązała się przyjąć płatność za ostatnią fakturę w ramach Etapu nr I w kwocie mniejszej (37 800,00 PLN), niż 10% całego wynagrodzenia za ten etap robót (5 365 220,00 PLN).

14) w części, w której EKO-ENERGIA zobowiązała się przyjąć płatność za ostatnią fakturę w ramach Etapu nr II w kwocie mniejszej (12 000,00 PLN), niż 10% całego wynagrodzenia za ten etap robót (551 410,00 PLN).

Zdaniem Odwołującego, w wyniku poprawy oferty EKO-ENERGII w tym względzie wykonawca podwyższył kwotę ostatniej faktury w Etapie nr I z kwoty 37 800,00 PLN na kwotę 536 550,00 PLN, a w Etapie nr 2 z kwoty 12 000,00 PLN na kwotę 55 150,00 PLN. „Przesunięcie” to spowodowało oczywiście zmianę wartości poprzednich faktur za wszystkie roboty oprócz *Prac przygotowawczych* (w każdym z etapów robót). Jeżeli bowiem Zamawiający był pierwotnie zobowiązany do zapłaty (w Etapie nr I) za prace nieobjęte pierwszą i ostatnią fakturą łącznie kwoty 4 821 353,50 PLN, to po poprawie treści oferty EKO-ENERGII będzie zobowiązany do zapłaty łącznej kwoty 4 322 603,50 PLN. Jeżeli natomiast Zamawiający był pierwotnie zobowiązany do zapłaty (w Etapie nr II) za prace nieobjęte pierwszą i ostatnią fakturą łącznie kwotę 445 710,00 PLN, to po poprawie treści oferty EKO-ENERGII będzie zobowiązany do zapłaty kwoty 402 560,50 PLN. Z tego wynika, że usunięcie niezgodności oferty EKO-ENERGII nie było możliwe bez ingerencji samego wykonawcy, gdyż Zamawiający nie był ani w stanie (gdyż nie miał stosownej wiedzy), ani nie był uprawniony do samodzielnego decydowania o „przesunięciach” poszczególnych kwot z pierwotnej oferty. To wyłączna domena EKO-ENERGII, bez stanowiska której poprawa jej oferty nie byłaby możliwa. Bezkrytyczna akceptacja tego stanowiska przez Zamawiającego winna być zatem traktowana, jako przeprowadzenie negocjacji z EKO-ENERGIĄ.

e) naruszenie art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez wybór oferty EKO-ENERGII, mimo, że najkorzystniejszą ofertę - spośród ofert nie podlegających odrzuceniu - złożyła ELWO SA.

f) naruszenie art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wyboru oferty ELWO SA, mimo, iż oferta odwołującego była najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

- A. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.
- B. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności poprawienia oferty EKO-ENERGII.
- C. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty EKO-ENERGII.
- D. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty EKO-ENERGII.
- E. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert pozostałych wykonawców.
- F. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty ELWO SA.
- G. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz ELWO SA zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego według norm przepisanych (następnie na rozprawie została złożona faktura w związku z reprezentacją na rozprawie).

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 grudnia 2012 r. wskazywał, że dostrzegł w ofertach wykonawców pomyłki, tym niemniej wbrew wywodom Odwołującego się, miały one charakter niedokładności, dotyczyły rzeczy nieistotnych i nierzutujących na wynik postępowania. Zamawiający miał więc pełne prawo do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień, tak by mieć pewność, czy akceptują także w zakresie owych niedokładności wymagania SIWZ. Powyższe zachowanie było zgodne w ocenie Zamawiającego ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w licznych orzeczeniach i nie stanowiło ani negocjacji, ani niedopuszczalnej zmiany ofert.

Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia wykonawcy odnośnie korozyjności o kategorii niższej w ofercie Odwołującego niż wymagana w SIWZ w brzmieniu „Klasa agresywności środowiskowej C4 wynika ze skopiowania standardowej technologii jaką najczęściej stosujemy w bardziej wymagających warunkach (zakłady chemiczne, pływalnie, stocznie, remontowe statków). Bezdyskusyjnie przyjmujemy parametr C5-I agresywności środowiskowej i dla niej dobrane zostanie zabezpieczenie antykorozyjne”.

Treść wyjaśnienia EKO-ENERGII potwierdzała według Zamawiającego wyraźnie, iż podanie parametru korozyjności C4 w ofercie wynikało z przeoczenia, oczywiście omyłki, a nie było wynikiem świadomego działania tej spółki. Zamawiający nie mógł więc odrzucić oferty takiego wykonawcy tym bardziej, jeśli potwierdzono wykonanie umowy zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ i wytłumaczono źródło i charakter omyłki. Tak jak ELWO

S.A. pomyliło się w zakresie podawania granicznych wartości spalin tak EKO-ENERGIA popełniło pomyłkę wpisując kategorię korozyjności, przeocząc, że kopiowany parametr nie jest zgodny z wymogiem SIWZ. I jedna, i druga pomyłka nie miała przy tym wpływu na wynik postępowania ani na istotne postanowienia oferty, dotyczyła kwestii incydentalnej i mogła podlegać sprostowaniu.

Poprawienie omyłki dotyczącej kwestii trzeciorzędnej w następstwie wyjaśnień wykonawcy nie jest też prowadzeniem negocjacji, ale obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z nakazu starannego i profesjonalnego prowadzenia postępowania. Jeżeli wykonawca (w niniejszym postępowaniu EKO-ENERGIA sp. z o.o.) udziela wyjaśnienia, iż akceptuje wymogi SIWZ, a niezgodność z SIWZ wynikała z przeoczenia, omyłki, Zamawiający nie ma prawa odrzucać takiej oferty.

Odnosnie wątpliwości, co oznacza sformułowanie „remont i uzupełnienie” w ofercie Przystępującego, Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, zaznaczając, iż SIWZ wymaga nowych urządzeń, materiałów oraz oczekując odpowiedzi, jak w związku z tym należy rozumieć deklaracje wykonawcy co do ich remontu i uzupełnienia.

W odpowiedzi na powyższe EKO-ENERGIA wytłumaczyła, iż jest to błąd semantyczny kosztorysantów spółki, którzy użyli sformułowania, które przyjmuje się dla obiektów modernizowanych i remontowanych. Jednocześnie w celu usunięcia wszelkich wątpliwości wykonawca potwierdził cyt: „Deklarujemy, że urządzenia, materiały, okablowanie, szafy, zespoły wysokiego napięcia, regulatory wysokiego napięcia, sterowniki, panel operatorski, instalacja odgromowa, gniazda remontowe, instalacje oświetleniowe itp. będą nowe.”

Zamawiający miał wątpliwość czy przez remont i uzupełnienie EKO-ENERGIA rozumie to samo co Zamawiający, to znaczy dostarczenie nowej ilości gniazd remontowych oraz instalacji oświetlenia zewnętrznego. Wykonawca w udzielonej odpowiedzi wskazał jednoznacznie, iż instalacja gniazd remontowych oraz instalacja oświetlenia zewnętrznego będą nowe.

W ocenie Zamawiającego, błędne są w tym zakresie twierdzenia Odwołującego, jakoby EKO-ENERGIA sp. z o.o. zmieniła ofertę, doszło do jej niedozwolonego uzupełnienia. W złożonej ofercie wykonawca użył słów remont i uzupełnienie, przekonująco wskazując, iż wynikało to z użycia języka i terminologii, którymi posługują się kosztorysanci. Zgodnie z art. 65 §1 kc Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W §2 wskazano, iż w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. EKO-ENERGIA sp. z o.o. wytłumaczyła jak rozumie zobowiązanie remontu i uzupełnienia i rozumienie to odpowiadało wymaganiom SIWZ. Zaakceptowała także sprostowanie omyłki. Nie było więc podstaw do odrzucenia oferty EKO-ENERGII sp. z o.o.

Co do harmonogramów realizacji i płatności, Zamawiający twierdził, iż bezzasadne są również wywody Odwołującego odnośnie rzekomego niedozwolonego uzupełniania oferty w zakresie harmonogramów realizacji i płatności. Zarzuty Odwołującego w tym przedmiocie wynikają z niezrozumienia omyłki, którą popełnił wykonawca EKO-ENERGIA sp. z o.o. oraz ze znaczenia harmonogramów w procesie udzielania i realizacji zamówienia.

Zamawiający w piśmie z dnia 19 listopada 2012r. wezwał EKO-ENERGIĘ do złożenia wyjaśnień dotyczących harmonogramów realizacji i płatności. W odpowiedzi na powyższe EKO-ENERGIA wyjaśniła iż cyt: wszystkie zastrzeżenia z wymienionych punktów łączy jeden powód: błędne wykorzystanie formularzy z poprzedniej akcji ofertowej (3/VIH/ZP/12), które w niektórych fragmentach (terminy, zakres, zapis o wartości faktury) zostały wykorzystane i zmienione tak, aby odpowiadać aktualnej akcji ofertowej tj. 5/VHI/ZP/12. Jest to oczywiste przeoczenie i niedopatrzenie z naszej strony, a także błąd drukarski.

Ponadto EKO-ENERGIA sp. z o.o. dołączyła do pisma z dnia 22 listopada 2012 r. poprawny harmonogram płatności i realizacji. Jak wynika z wyjaśnień EKO-ENERGII nieprawidłowości w harmonogramie realizacji i płatności wynikały z przeoczenia i oczywistej omyłki, nie były wynikiem świadomego działania strony. Przypomnieć należy, iż podobną omyłkę popełnił Odwołujący, tłumaczący się iż cyt: „Podana w ofercie temperatura spalin na wylocie kotła jest jedynie informacją pozyskana w trakcie poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia, nr 3/Y/ZP/2012.”

Nieprawidłowe, zdaniem Zamawiającego, było także stanowisko Odwołującego, jakoby sprostowanie omyłki w harmonogramach realizacji i płatności było niemożliwe i stanowiło istotną zmianę treści oferty – Zamawiający powoływał się na orzeczenia KIO odnoszące się do harmonogramów.

W niniejszej sprawie zarówno harmonogram realizacji, jak i harmonogram finansowy również miały w ocenie Zamawiającego charakter pomocniczy i nie stanowiły wbrew wywodom Odwołującego istotnej treści oferty. Po pierwsze w §8 ust. 1 umowy zastrzeżono, iż wynagrodzenie będzie miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Kwota miała być co prawda podzielona na części według harmonogramu płatności, tym niemniej jednocześnie zastrzeżono, iż w przypadku braku konieczności realizacji etapu II etapu umowy Wykonawca jest uprawniony wyłącznie do wynagrodzenia z tytułu realizacji I etapu umowy określonego w §8 ust. 1 lit. a) umowy.

Po drugie, należy zauważyć, iż wysokość wynagrodzenia ryczałtowego (istotna treść umowy) wynikała nie z harmonogramu, ale z postanowień umowy, zostałyby wpisana odnośnie etapu I w §8 ust. 1 lit. a) umowy, odnośnie etapu II w §8 ust. 1 lit. b) tejże. W samej umowie, a nie w harmonogramach zostały określone granice i terminy płatności. W §8 ust. 7 umowy wskazano, iż wykonawca wystawi fakturę VAT w terminie 7 dni od daty podpisania protokołu odbioru. Zapłata należności nastąpi na przelewem na rachunek na podstawie wystawionej



przez Wykonawcę faktury VAT w terminie 30 dni od daty jej wpływu do Zamawiającego. Podstawą wystawienia faktury stanowi nie harmonogram, ale protokół odbioru robót, stwierdzający zakres robót wykonanych. Z umowy, a nie z harmonogramu wynika ponadto termin zapłaty za daną fakturę.

W niniejszej sprawie bezzasadność zarzutu ELWO S.A. pokazuje już według Zamawiającego porównanie treści harmonogramów, które złożyli wykonawcy. Warto zaznaczyć, iż w harmonogramie płatności ELWO S.A. dołączonym do oferty wykonawca określił wartość faktury netto w stosunku do całej wartości branży bez rozbicia zakresu rzeczowego. Wykonawca EKO-ENERGIA sp. z o.o. w harmonogramie płatności wskazał nie tylko branżę, ale dokonał rozbicia na zakres rzeczowy. Gdyby harmonogram płatności nie miał znaczenia tylko planu i miał wyznaczać istotne postanowienia umowy, jak wywodzi w odwołaniu i chce tego ELWO S.A. oznaczałoby to konieczność odrzucenia oferty Odwołującego wykonawcy, który nie sporządził tego harmonogramu z rozbiciem na zakres robót.

Podobnie na niezrozumieniu istoty znaczenia harmonogramu tym razem realizacji opierają się zarzuty ELWO S.A., w których podnosi, że nie było możliwości sprostowania w tym przedmiocie jakichkolwiek omyłek. Należy zaznaczyć, iż termin realizacji umowy został zastrzeżony jednoznacznie w jej §4 ust. 1 i 2, w których wskazano, iż w stosunku do etapu I jest to 6 miesięcy od daty podpisania umowy. Za termin realizacji etapu nr 1 uważa się termin podpisania pozytywnego Protokołu Przekazania do Eksploatacji nr I. Z kolei w stosunku do etapu II od 1 kwietnia 2014r. do 30 czerwca 2014r. Za termin realizacji etapu nr 2 uważa się termin podpisania pozytywnego Protokołu Przekazania do Eksploatacji nr II. W ust. 4 odwołano się do harmonogramu realizacji, harmonogram ten jednak ma znaczenie planu, ma ułatwiać kontrolę postępu robót. W umowie wyraźnie przewidziano, iż punkty kontrolne dotyczą wyłącznie etapu I umowy: punkt kontrolny nr 1 to termin zakończenia prac przygotowawczych (pkt. I harmonogramu realizacji etapu nr I). Punkt kontrolny nr 2 to termin zakończenia prac w branży mechanicznej (pkt. III harmonogramu realizacji etapu nr I).

W konsekwencji Zamawiając wnosil o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca EKO-ENERGIA SP. z o.o. których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła, co następuje:

1. W Specyfikacji Technicznej, stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ, kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy) w pkt. 5.4. Część konstrukcyjno-budowlana lit. c) Zamawiający wymagał, aby „dla wykonania zabezpieczeń antykorozyjnych należy przyjąć klasę agresywności środowiskowej C5-I, tj. bardzo duża - przemysłowa (wg normy PN-EN ISO 12944-2:2001)”. Natomiast w ofercie Przystępującego zaoferowano na stronie 14 „1 zestaw IZOLACJI TERMICZNEJ dla elektrofiltra i kanałów spalin z pokryciem blachowym z blachy trapezowej powlekanej dla atmosfery o kategorii korozyjności C4”.

2. W pkt. 5.6.1.1 Specyfikacji Technicznej (załącznik nr 1 do SIWZ) wymagano, aby urządzenia, materiały, okablowanie, szafy, zespoły wysokiego napięcia, regulatory wysokiego napięcia, sterowniki, panel operatorski, instalacja odgromowa, gniazda remontowe, instalacje oświetleniowe były nowe.

W ofercie Przystępującego na stronie 16 zaoferowano „1 komplet remont i uzupełnienie instalacji oświetlenia zewnętrznego, 1 komplet remont i uzupełnienie gniazd serwisowych”.

3. Harmonogram realizacji i płatności w ofercie Przystępującego nie były zgodne ze wzorami załączonymi do SIWZ. W szczególności, zgodnie ze wzorami harmonogramów załączonych do SIWZ, ostatnia faktura wystawiona z tytułu realizacji każdego z etapów „nie może być mniejsza niż 10% wartości etapu” (uwaga na dole wzorów harmonogramów płatności, załączonych do oferty), tymczasem w harmonogramach załączonych do oferty Przystępującego wartości za ostatnie faktury każdego etapu były niższe niż 10% jego wartości. Dla ostatniej faktury etapu I w harmonogramie załączonym do oferty wskazano 37 800,00 zł, w zmienionym harmonogramie - 536 550,00 zł (przy czym całość wynagrodzenia za ten etap wynosiła 5 365 220,00 zł). Dla ostatniej faktury etapu I w harmonogramie załączonym do oferty wskazano 12 000,00 PLN, w zmienionym

harmonogramie - 55 150,00 zł (przy czym całość wynagrodzenia za ten etap wynosiła 551 410,00 PLN).

4. W dniu 19 listopada 2012 r. Zamawiający zażądał od EKO-ENERGII - w oparciu o art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - wyjaśnień treści złożonej oferty, w zakresie dotyczącym m.in.:

a) dlaczego EKO-ENERGIA zaoferowała na s. 14 oferty zestaw izolacji termicznej dla elektrofiltra i kanałów spalin z pokryciem blachowym z blachy trapezowej powlekanej dla atmosfery o kategorii korozyjności C4, tymczasem w pkt 5.4.c SIWZ żądano klasy agresywności środowiskowej C5-I,

b) dlaczego EKO-ENERGIA zaoferowała na s. 16 oferty remont i uzupełnienie instalacji oświetlenia zewnętrznego oraz remont oraz uzupełnienie gniazd serwisowych, tymczasem Zamawiający żądał w pkt 5.6.1.1.a załącznika nr 1 do SIWZ, by urządzenia te były nowe,

c) dlaczego EKO-ENERGIA wskazała w załączniku nr 2.2 do SIWZ (Harmonogram płatności dla Etapu nr , że wykonanie Etapu II rozpocznie od dnia 1 lipca 2013 roku, a wartość faktury netto za Prace demontażowe określił na 0,00 PLN, tymczasem Zamawiający wymagał, by wykonanie Etapu nr II rozpoczęło się od dnia 1 kwietnia 2014 roku oraz wymagał, by podać wartość wynagrodzenia za każdy z etapów prac,

d) dlaczego EKO-ENERGIA wskazała w załączniku nr 2.1 do SIWZ (Harmonogram realizacji dla Etapu nr II), że wykonanie etapu nr II rozpocznie od dnia 1 lipca 2013 roku, tymczasem Zamawiający wymagał, by wykonanie Etapu nr II rozpoczęło się od dnia 1 kwietnia 2014 roku,

e) dlaczego EKO-ENERGIA zaoferowała, że wykona Etap nr II w ciągu 18 tygodni od dnia jego rozpoczęcia, tymczasem Zamawiający wymagał w SIWZ, by Etap nr II został wykonany w okresie od 1 kwietnia 2014 roku do 30 czerwca 2014 roku, czyli w ciągu 13 kolejnych tygodni,

f) dlaczego EKO-ENERGIA wymieniła w Harmonogramie realizacji (s. 7 i 8 oferty) prace, które różnią się od wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ,

g) dlaczego - mimo, iż Zamawiający żądał, by ostatnie faktury w każdy z etapów były nie mniejsze, niż 10% wartości całego wynagrodzenia za dany etap - EKO-ENERGIA zaoferowała płatność za Prace zakończeniowe o wartości mniejszej, niż 10% oferowanych cen za wykonanie odpowiednio Etapu nr I oraz Etapu nr II.

5. W dniu 22 listopada 2012 roku EKO-ENERGIA (pismo EKO-ENERGII nr 2948/2012) udzieliła wyjaśnień Zamawiającemu; m.in. podniosła, co następuje:

a) wskazanie klasy agresywności środowiskowej C4 wynika ze skopiowania standardowej technologii, jaką najczęściej wykonawca stosuje w bardziej wymagających warunkach (zakłady chemiczne, pływalnie, stocznie remontowe statków),

b) stwierdziła, że zapis: „remont i uzupełnienie instalacji oświetlenia zewnętrznego” oraz „remont oraz uzupełnienie gniazd serwisowych” jest semantycznym błędem kosztorysantów EKO-ENERGII. Nadto, wskazała, że nie należy go interpretować, jako regeneracji materiałów i sprzętu, a jedynie miejsc gdzie np. gniazda będą zamontowane,

c) odnośnie wątpliwości Zamawiającego co do harmonogramu realizacji i płatności - wskazała, że wszystkie wątpliwości Zamawiającego wynikają z błędnego wykorzystania formularzy z poprzedniej akcji ofertowej (3/VIII/ZP/12), które w niektórych fragmentach (terminy, zakres, zapis o wartości ostatniej faktury) zostały wykorzystane i zmienione tak, aby odpowiadać aktualnej akcji ofertowej tj. 5/VIII/ZP/12. EKO-ENERGIA oświadczyła, że jest to oczywiste przeoczenie i niedopatrzenie z jej strony, a także błąd drukarski. Ponadto EKO-ENERGIA dołączyła do swoich wyjaśnień zweryfikowane harmonogramy - na wzorach zgodnych z załącznikami do SIWZ w prowadzonym postępowaniu. EKO-ENERGIA wskazała, że uwagi Zamawiającego uznaje za tzw. oczywiste omyłki w tworzeniu tekstu oferty lub nieścisłości interpretacyjne, które nie mają wpływu na cenę oferty dla obu etapów realizacji zamówienia.

6. W dniu 28 listopada 2012 roku Zamawiający poinformował EKO-ENERGIĘ, iż uznał wszystkie niezgodności treści oferty z SIWZ za inne omyłki nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, a - w konsekwencji - poprawił - w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych - ofertę EKO-ENERGII m.in. w następujący sposób:

a) w części technicznej - opis techniczny (s. 14 oferty) poprawił ofertę z zapisu: z pokryciem blachowym z blach trapezowej powlekanej dla atmosfery o kategorii korozyjności C4 na zapis: z pokryciem blachowym z blach trapezowej powlekanej dla atmosfery o kategorii korozyjności C5-I,

b) w części technicznej - opis techniczny (s. 14 oferty) poprawił ofertę z zapisu: z pokryciem blachowym z blach trapezowej powlekanej dla atmosfery o kategorii korozyjności C4 (kolor RAL 1002) na zapis: z pokryciem blachowym z blach trapezowej powlekanej dla atmosfery o kategorii korozyjności C5-I,

c) w części technicznej - opis techniczny (s. 14 oferty) poprawił ofertę z zapisu: remont i uzupełnienie instalacji oświetlenia zewnętrznego oraz remont i uzupełnienie gniazd serwisowych na zapis: instalacja oświetlenia zewnętrznego, gniazda serwisowe, urządzenia, materiały, okablowanie, szafy, zespoły wysokiego napięcia, regulatory wysokiego napięcia, sterowniki, panel operatorski, instalacja odgromowa, gniazda remontowe, instalacje osiedleniowe itp. będą nowe,

d) w części załącznika nr 2.1 do SIWZ Harmonogram realizacji dla Etapu I i II poprawił w ofercie terminy i zakres realizacji prac - zgodnie z wyjaśnieniem EKO-ENERGII.

e) w części załącznika nr 2.2 do SIWZ Harmonogram płatności dla Etapu I i II poprawił w ofercie zapisy dotyczące wartości prac, w tym ostatnich faktur - zgodnie z wyjaśnieniem EKO-ENERGII.

7. W dniu 3 grudnia 2012 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, informując faksem Odwołującego, że złożyła ją EKO-ENERGIA, która zaproponowała cenę brutto 7 277 454,90 zł. Zamawiający wskazał, iż oferta EKO-ENERGII została oceniona na 100,00 pkt, przy czym za „cenę brutto” wykonawca ten otrzymał 70,00 pkt, za „wartość brutto za I etap” - 20,00 pkt, a za „okres gwarancji” - 10,00 pkt. Z informacji Zamawiającego wynika również, że drugie miejsce zajęła oferta ELWO SA, która została oceniona na 84,43 pkt, przy czym za „cenę brutto” (tj. 8 809 277,22 zł) Odwołujący otrzymał 57,83 pkt, za „wartość brutto za I etap” - 16,60 pkt, a za „okres gwarancji” 10,00 pkt.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Przystępującego - powinna ona zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie zaofertowanego pokrycia blachowego o kategorii korozyjności niższej, niż wymagana przez Zamawiającego, oraz określenia kwoty płatności ostatniej faktury za realizację każdego z etapów w wysokości wyższej, niż żądane przez Zamawiającego, jako minimum, 10% wartości etapu. Powyższych niezgodności nie można uznać za inne omyłki, polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, zatem nie mogą zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący słusznie zarzucał że nieprawidłowo doszło do poprawienia omyłek w ofercie Przystępującego w opisie technicznym w odniesieniu do kategorii korozyjności blachy. Mianowicie Zamawiający poprawił zapis: „z pokryciem blachowym z blachy trapezowej powlekanej dla atmosfery o kategorii korozyjności C4” na zapis: „z pokryciem blachowym z blach trapezowej powlekanej dla atmosfery o kategorii korozyjności C5-I.”

Izba stwierdziła, że powyższy zarzut jest uzasadniony. Nie było sporne, że kategoria korozyjności C4 jest kategorią niższą (mniej odporna na korozję) od kategorii C5-I. Są to odrębne kategorie – przy czym kategoria „C4” została w ofercie Przystępującego jednoznacznie i bez wątpliwości oznaczona jako oferowana. Poprawienie powyższej niezgodności oferty z SIWZ w sposób dokonany przez Zamawiającego stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty: inny przedmiot świadczenia był oferowany przed dokonaniem poprawienia, a inny – po poprawieniu. Ani Zamawiający ani Przystępujący po jego stronie nie twierdzili, że wartość pokrycia blachowego jest znikoma w stosunku do wartości zamówienia. W takiej sytuacji nie ma żadnych podstaw, aby twierdzić, że omyłka

w zakresie zaofferowanej kategorii korozyjności ma charakter trzeciorzędny (jak wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie) – przeciwnie, ma ona charakter istotny: zaofferowano przedmiot zamówienia gorszej jakości, niż wymagana w SIWZ. W konsekwencji Zamawiający nie powinien był dokonywać poprawienia, ale odrzucić ofertę jako niezgodną z SIWZ.

Odwołujący również podnosił, że w części technicznej - opis techniczny z zapisu: „remont i uzupełnienie instalacji oświetlenia zewnętrznego oraz remont i uzupełnienie gniazd serwisowych” Zamawiający dokonał poprawienia na zapis: „instalacja oświetlenia zewnętrznego, gniazda serwisowe, urządzenia, materiały, okablowanie, szafy, zespoły wysokiego napięcia, regulatory wysokiego napięcia, sterowniki, panel operatorski, instalacja odgromowa, gniazda remontowe, instalacje osiedleniowe itp. będą nowe”. W ocenie Izby można zaakceptować powyższy sposób dokonania poprawy oferty – w pojęciu „uzupełnienie” mieści się dostawa nowych elementów; można twierdzić, że Przystępujący użył określeń na dużym poziomie ogólności, a w wyniku poprawienia takiego sformułowania, zostały one doprecyzowane – w ten sposób nie doszło do zmiany treści oferty, ale raczej do wyjaśnienia (uszczegółowienia) jej zakresu.

Izba, oceniając zarzuty odwołania odnoszące się do części technicznej oferty Przystępującego nie brała pod uwagę argumentów Zamawiającego opisywanych szeroko w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, dotyczących poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego – rację miał Odwołujący, iż Izba bada odwołanie wyłącznie w zakresie podniesionych zarzutów. Wymóg równego traktowania wykonawców jest zasadą bezwzględną i Zamawiający powinien jej przestrzegać na każdym etapie postępowania, natomiast Izba nie ocenia zarzucanych w odwołaniu uchybień w ofercie Przystępującego przez pryzmat sposobu dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie Odwołującego.

Odwołujący podnosił, iż w harmonogramach załączonych do oferty Przystępującego (płatności i realizacji) popełniono szereg uchybień - niezgodności z treścią SIWZ, a Zamawiający nieprawidłowo je poprawił, akceptując nowe harmonogramy, uzupełnione przez Przystępującego już po terminie składania ofert. Zamawiający przywoływał w odpowiedzi na odwołanie wiele orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, wskazujących, że harmonogramy załączone do oferty nie mają charakteru stanowczego, a jedynie charakter pomocniczy i jako takie nie mogą stanowić podstawy do ewentualnego odrzucenia oferty ze względu na niezgodność z treścią SIWZ. Izba wskazuje jednak, że nie ma ogólnej zasady prawnej odnoszącej się do harmonogramów załączonych do oferty. Ocena charakteru harmonogramu, jego znaczenia, oraz ocena wagi jego poszczególnych niezgodności z treścią SIWZ każdorazowo zależy od konkretnego stanu faktycznego danej sprawy. W niniejszej sprawie wywody Zamawiającego odnośnie większości uchybień - niezgodności

harmonogramów Przystępującego załączonych do oferty z treścią SIWZ są słuszne: niezgodności te nie mają wpływu na treść oferty, zakres świadczenia i nie będą stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Wyjątkiem jest określenie wysokości płatności za ostatnią fakturę każdego z etapów – Przystępujący zaoferował w harmonogramach w tym zakresie kwoty 37 800,00 zł i 12 000, zł podczas gdy Zamawiający wyraźnie w SIWZ wskazał, że „wartość faktury nie może być mniejsza niż 10% wartości etapu”. Powyższa niezgodność z SIWZ została poprawiona w złożonych nowych harmonogramach – podano kwoty 536 550,00 zł i 55 150,00 zł. Szczególnie w przypadku zmiany kwoty z 37 800,00 zł na 536 550,00 zł nie można twierdzić, że jest to zmiana drobna, nieistotna. Rację miał Odwołujący, podnosząc na rozprawie, że ustalenie wysokości poszczególnych płatności mogło mieć wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (wykonawca oczekując płatności wyższych na początku realizowania umowy jest w lepszej sytuacji finansowej, niż ten, który na początku inwestycji oczekuje faktur niższych – powyższa okoliczność może mieć wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia). Tak więc tego rodzaju niezgodność harmonogramów załączonych do oferty Przystępującego z wymogiem bezwzględnie określonym w SIWZ nie mogła podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, a Zamawiający powinien był ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający nie może poprawiać wszelkich niezgodności oferty z treścią z SIWZ powołując się na fakt, że w formularzu ofertowym złożono oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ i związaniu jej postanowieniami. Gdyby zaakceptować stanowisko Zamawiającego, można byłoby poprawić praktycznie każdą niezgodność oferty wykonawcy z treścią SIWZ – jednak możliwość poprawienia omyłek w ofercie nie może być utożsamiana z dostosowywaniem w każdym zakresie oferty do wymogów SIWZ. O możliwości poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych decyduje ich znaczenie dla zakresu i sposobu świadczenia określonego w ofercie wykonawcy: można poprawić takie omyłki, których prawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W niniejszej sprawie Izba uznała, że dokonane poprawki w odniesieniu do kategorii korozyjności i wartości ostatniej faktury każdego z etapów spowodowały istotne zmiany w treści oferty.

Wykonawca, w którego ofercie znalazły się rozbieżności z treścią SIWZ, nie może się powoływać skutecznie na fakt, że wykorzystał „standardowe opisy”, czy druki z innego postępowania. O ocenie istotności uchybień (i tym samym – możliwości ich poprawienia) decyduje przede wszystkim ich rodzaj, waga, brzmienie poszczególnych postanowień oferty i SIWZ.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszeń przepisów wskazanych w odwołaniu, co miało wlew na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

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 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).

**Przewodniczący:**

.....