

WYROK
z dnia 20 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **2 kwietnia 2015 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik]** i **[2] Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum Józefa Piłsudskiego w Sulejówku, ul. Oleandrów 5, 05-070 Sulejówek**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie [pełnomocnik]**, **[2] Strabag AG z siedzibą w Spittal an der Drau, Austria** oraz **[3] Ed. Zeublin AG z siedzibą w Stuttgarcie, RFN** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik]** i **[2] Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik]** i **[2] Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria** na rzecz zamawiającego **Muzeum Józefa Piłsudskiego w Sulejówku, ul. Oleandrów 5, 05-070 Sulejówek** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 811 i 915) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Siedlcach**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający Muzeum Józefa Piłsudskiego w Sulejówku, ul. Oleandrów 5, 05-070 Sulejówek wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą »Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych zgodnie z przepisami i sztuką budowlaną oraz wymaganiami **zamawiającego** dla zadania inwestycyjnego, realizowanego w ramach

Wieloletniego Programu Rządowego (WPR) pn. „Budowa kompleksu Muzeum Józefa Piłsudskiego w Sulejówku” przyjętego w uchwale nr 169/2011 Rady Ministrów z dnia 6 września 2011 r. wraz ze zmianami wprowadzonymi uchwałą nr 175/2013 Rady Ministrów z dnia 8 października 2013 r.«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **06.08.2014 r.** pod nrem **2014/S 149-267254**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 811 i 915) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **23.03.2015 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie [pełnomocnik], [2] Strabag AG z siedzibą w Spittal an der Drau, Austria oraz [3] Ed. Zeublin AG z siedzibą w Stuttgarcie, RFN (dalej wykonawca Strabag).**

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu, Austria, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **02.04.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie przez **zamawiającego**:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Strabag**, pomimo że oferta jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej specyfikacja lub SIWZ);
- 2) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Strabag** oraz wykluczenia **wykonawcy Strabag** z udziału w postępowaniu, pomimo że oferta złożona przez tego **wykonawcę** jest niezgodna z treścią **specyfikacji** lub zawiera nieprawdziwe informacje mające

3

istotny wpływ na wynik postępowania, które zostały w niej zawarte dla uzyskania zgodności z treścią **specyfikacji**;

- 3) **art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez uznanie oferty **wykonawcy Strabag** za ofertę najkorzystniejszą, pomimo że w sytuacji, w której rozwiązanie zawarte w ofercie **tego wykonawcy** byłoby zgodne z treścią **specyfikacji** i nie zawierało nieprawdziwych informacji, jego oferta nie uzyskaby parametrów umożliwiających uznanie jej za najkorzystniejszą;
- 4) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Strabag**, pomimo że oferta zawierała istotny błąd w wyliczeniu parametru *Kosztów użytkowych (Ku)* skutkujący niezgodnością zaoferowanego rozwiązania z treścią **specyfikacji** oraz przez poprawienie omyłki pisarskiej w formularzu ofertowym **wykonawcy Strabag**, pomimo że nie ziszcili się przesłanki umożliwiające poprawienie tego typu omyłki;
- 5) **art. 8 ust. 1-3 Pzp** przez zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie **wykonawcy Strabag**, pomimo że nie ma podstaw do dokonania zastrzeżenia części oferty zawierającej Raport z modulowania energetycznego budynku;
- 6) **art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp** przez zaniechanie wezwania przez **zamawiającego wykonawcy Strabag** do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością o standardach określonych normą **PN-EN ISO 9001:2009** lub wyjaśnienia treści złożonych dokumentów, pomimo że dokument załączony do oferty **wykonawcy Strabag** nie potwierdza wdrożenia systemu zarządzania jakością o standardach określonych normą **PN-EN ISO 9001:2009**;
- 7) **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie ww. przepisów.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert;

- 2) unieważnienia czynności poprawienia omyłki pisarskiej w ofercie **wykonawcy Strabag**;
- 3) dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert;
- 4) odrzucenia oferty **wykonawcy Strabag**, ewentualnie wykluczenie **wykonawcy Strabag** z udziału w postępowaniu oraz uznanie złożonej przez nie oferty za odrzuconą;
- 5) wyboru oferty **odwołującego** jako najkorzystniejszej.

4

Argumentacja **odwołującego**

I. Niezasadne poprawienie przez zamawiającego omyłki pisarskiej w treści formularza ofertowego oferty złożonej przez wykonawcę Strabag

Zamawiający 20.03.2015 r. dokonał, z powołaniem się na **art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp**, poprawienia jako oczywistej omyłki pisarskiej informacji zawartej w formularzu ofertowym **wykonawcy Strabag**, w pozycji dotyczącej kosztów użytkowania, zmieniając wartość z **7,17 zł/m na 31,15 zł/m**. **Działanie zamawiającego stanowi niedopuszczalną ingerencję w treść oferty wykonawcy Strabag.**

Oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym stanowi w pełni świadome oświadczenie woli profesjonalnego wykonawcy i niedopuszczalna jest modyfikacja takiego oświadczenia.

Odwołujący nie wie skąd zamawiający wiedział jaki parametr powinien zostać wpisany w pozycję dotyczącą kosztów użytkowania, a co za tym idzie dlaczego wpisał taką a nie inną wartość. Istnieje domniemanie, że nie mógł tego uczynić bez negocjacji z **wykonawcą**, które to negocjacje w tym względzie niedopuszczalne.

Zamawiający w nieuprawniony sposób dokonał poprawienia treści oferty **wykonawcy Strabag** z powołaniem się na przepis **art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp** dotyczący poprawienia omyłki pisarskiej. Poprawienie omyłki pisarskiej w ofercie jest możliwe jedynie w sytuacji, w której omyłka ma charakter niezamierzonego błędu pisarskiego, który widać na pierwszy rzut oka. Takie rozumienie przepisu dotyczącego poprawienia omyłki pisarskiej prezentuje w swoim orzecznictwie również Krajowa Izba Odwoławcza – Wyrok KIO z 13 czerwca 2014 r., sygn. **akt: KIO 1108/14**: »Zgodnie z powszechnie przyjętym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów. Zdaniem Izby, w zakresie tego pojęcia mieszczą się zatem tylko takiego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej dogłębnej analizy. Oznacza to, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy. Oczywista omyłka pisarska jest wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Warto w tym miejscu wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 21 maja 2008 r. (XII Ga 151/08), w którym stwierdzono, że błąd pisarski to „widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów [...]”. Natomiast omyłki pisarskie są to omyłki stojące na równi z błędami pisarskimi lub rachunkowymi, a zatem tylko omyłki polegające na tym, że wyrażono coś, co jest niezgodne z myślą niedwuznacznie wyrażoną przez podmiot, a zostało wypowiedziane tylko przez przeoczenie, niewłaściwy dobór słów«.

5

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 sierpnia 2014 r., **sygn. akt: KIO 1604/14** »Zdaniem Izby, w badanym stanie faktycznym wskazanych omyłek nie można zaliczyć do grupy oczywistych omyłek pisarskich. Izba stoi bowiem na stanowisku, że w zakresie tej kategorii pojęciowej mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. Co oznacza, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy (w sensie merytorycznym). Tym samym zarzut naruszenia przepisu **art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp** nie znalazł potwierdzenia«.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 maja 2013 r., **sygn. akt: KIO 1152/13** »W tych okolicznościach, rozważenia wymaga, czy uwzględniając wyjaśnienia złożone przez

odwołującego, istnieje możliwość uznania, że występującą w ofercie **odwołującego** niespójność, należy zakwalifikować jako omyłkę, o której mowa w **art. 87 ust. 2 Pzp**. Okoliczność ta ma niebagatelne znaczenie, bowiem sposób zakwalifikowania omyłki determinuje dalsze działania **zamawiającego**. Zaliczenie omyłki do kategorii omyłek wskazanych w powołanym przepisie powoduje powstanie po stronie **zamawiającego** obowiązku jej poprawienia. Zgodzić należy się z **zamawiającym**, że w badanym stanie faktycznym wskazanych omyłek nie można zaliczyć do grupy oczywistych omyłek pisarskich. Izba stoi bowiem na stanowisku, że w zakresie tej kategorii pojęciowej mieszczą się jedynie tego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. Co oznacza, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy (w sensie merytorycznym).

W [...] [tym] stanie faktycznym, konieczność uzyskania wyjaśnień dla jednoznacznego ustalenia treści oferty jednoznacznie potwierdza, że rzeczona niespójność nie jest zauważalna przez każdego, nie musi być nawet dostrzeżona przez profesjonalistę».

Na gruncie przywołanego orzecznictwa, niedopuszczalne jest poprawienie jako omyłki pisarskiej wartości kosztów użytkownika przedstawionej w formularzu oferty złożonej przez **wykonawcy Strabag**. Nie jest możliwe wychwycenie tego typu błędu bez szczegółowej analizy wyliczeń dokonanych przez **wykonawcę Strabag**, a być może nawet również po dokonaniu takiej analizy (stosowne informacje zostały zastrzeżone przez **wykonawcę Strabag** jako tajemnica przedsiębiorstwa). W żadnym razie zweryfikowanie poprawności tej pozycji nie mieści się jednak w kategorii omyłki, przy której możliwe jest jej poprawienie jako oczywistej omyłki pisarskiej.

Nieuprawnione działanie **zamawiającego** w zakresie poprawienia omyłki pisarskiej w ofercie **wykonawcy Strabag** miało kluczowy wpływ na dokonanie ostatecznej oceny oferty oraz wyboru oferty **wykonawcy Strabag** jako najkorzystniejszej. Wskaźnik kosztów użytkownika wskazany w ofercie **wykonawcy Strabag** bez dokonania poprawienia omyłki pisarskiej jest niemożliwy do osiągnięcia, w związku z czym oferta **wykonawcy Strabag** jest

6

..w

C

niezgodna z treścią SIWZ oraz zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania na skutek czego powinna zostać odrzucona na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, a **wykonawca Strabag** powinien zostać wykluczony na podstawie **ust. 2 pkt 3 Pzp**.

II. Zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo że rozwiązanie przedstawione w ofercie wykonawcy Strabag jest niezgodne z treścią SIWZ, a także zawiera błędne wyliczenia parametrów stanowiących kryteria oceny ofert oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy Strabag ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania

Zamawiający poza kryterium oceny ofert w postaci ceny ustanowił w treści SIWZ również pozacenowe kryteria oceny ofert posiadające istotne znaczenie dla wyboru oferty najkorzystniejszej. Wśród nich, aż 46% punktów mogło zostać przyznane w ramach kryteriów związanych z efektywnością energetyczną i eksploatacją tj. kryteriów: *Energii użytkowej* (15%), *Energii końcowej* (15%), *Uzysku energii ze źródeł energii odnawialnej* (10%) oraz *Kosztów użytkowania* (6%).

Zamawiający zobowiązał wykonawców do wykonania Raportu modelowania energetycznego budynku, w którym byli zobowiązani m. in. wskazać wyliczenia ww. wskaźników. Na uwagę zasługuje fakt, że raport z modulowania energetycznego budynku powinien zawierać wszystkie wymagane dane wyjściowe do projektowania i obliczeń, które powinny odpowiadać wymogom SIWZ i być zgodne ze stanem rzeczywistości. Wynik obliczeń w oparciu o te założenia stanowił 46% kryterium oceny ofert.

Choć raport załączony do oferty **wykonawcy Strabag** został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku z czym **odwołujący** nie miał możliwości zapoznać się z jego treścią, na podstawie wyliczeń poszczególnych parametrów zawartych w formularzu oferty **wykonawcy Strabag** można stwierdzić, że są one nierealistyczne i niespójne. **Mając na względzie wymagania określone w dokumentacji postępowania (SIWZ wraz z załącznikami) przyjęcie za prawdziwe jednego z kryteriów przedstawionych w ofercie wykonawcy Strabag będzie oznaczało, że wskaźniki przyjęte w innych pozycjach są**

nierealistyczne.

W punkcie pierwszym uzasadnienia odwołania zostały wskazane wątpliwości do rzeczywistej wartości jaką **wykonawca Strabag** wpisał w pozycji *Koszty użytkowania (Ku)*. Również pozostałe pozycje dotyczące kryteriów oceny ofert związanych z efektywnością energetyczną i eksploatacją, tj. kryteria: *Energii użytkowej (Eu)*, *Energii końcowej (Ek)* oraz *Uzysk energii ze źródeł energii odnawialnej (Z)* są wzajemnie niekompatybilne w konfiguracji przedstawionej przez **wykonawcę Strabag**. Są one niemożliwe do osiągnięcia zakładając

7

wymogi SIWZ, rzeczywiste uwarunkowania, wydajność i sprawność urządzeń oraz charakter oraz szczególną specyfikę obiektu Muzeum.

W ofercie **wykonawcy Strabag** został przyjęty bardzo wysoki poziom Uzysku Energii ze Źródeł Odnawialnych (Z) na poziomie 139,60 kWh/m². Dzięki przyjęciu tak wysokiego wskaźnika w tym kryterium, **wykonawca Strabag** uzyskał największą liczbę punktów. Osiągnięcie tak wysokiego współczynnika wymagałoby zastosowania rozwiązań projektowych innych niż dopuszczone w SIWZ oraz przyjęcie w raporcie założeń dotyczących urządzeń odbiegających od rzeczywistych parametrów pracy tych urządzeń.

Zamawiający postawił w SIWZ bardzo szczegółowe i restrykcyjne wymagania dotyczące rodzaju i możliwej lokalizacji odnawialnych źródeł energii, w szczególności dotyczących kolektorów słonecznych/paneli fotowoltaicznych, które mogą być zlokalizowane tylko na dachu budynku muzeum przy jego ograniczonej powierzchni. Z wskaźnika *Uzysku Energii ze Źródeł Odnawialnych (Z)* przedstawionego w ofercie **wykonawcy Strabag** wynika, że do raportu przyjęto dużo większą niż możliwa powierzchnie kolektorów słonecznych/paneli fotowoltaicznych. Jednocześnie **zamawiający** w pkt 1.24.2.2. SIWZ wykluczył możliwość zastosowania generatorów opartych na spalaniu biomasy oraz generatorów wiatrowych. **Przy zastosowaniu nawet najlepszych ogniw fotowoltaicznych dostępnych na rynku, mając na względzie ww. okoliczności, nie jest możliwe uzyskanie parametrów uzysku energii odnawialnej wskazanych w ofercie wykonawcy Strabag.**

Przeszacowanie ilości uzysku energii odnawialnej w ofercie **wykonawcy Strabag** spowodowało również nieprawidłowe wyliczenie pozostałych parametrów dotyczących efektywności energetycznej wskazanych w tej ofercie.

A. Bazując na podanym wysokim wskaźniku *Energii użytkowej (Eu)* w ofercie **wykonawcy Strabag** wnioskować należy, że niemożliwe było uzyskanie pozostałych wskaźników na określonych w ofercie poziomach z uwagi na bardzo wysokie i restrykcyjne wymagania w zakresie klimatyzacji i wentylacji budynku Muzeum wraz z pomieszczeniami o bardzo specyficznej funkcji determinującej szczególne warunki panujące w pomieszczeniach oraz wymagające dużych nakładów energii użytkowej w ponadwymiarowym zakresie.

B. Wskazane wartości wskaźników są osiągalne jedynie przy niedochowaniu ściśle określonych wymaganych parametrów jakości środowiska wewnętrznego pomieszczeń budynku określonych w PFU, biorąc pod uwagę wszystkie elementy składające się na bilans energetyczny budynku.

Niewłaściwe wyliczenie parametru *Uzysku energii ze źródeł energii odnawialnej (Z)* oraz związanych z nim pozostałych parametrów dotyczących efektywności energetycznej prowadzi do wniosku, że:

8

A. Rozwiązanie zaoferowane przez wykonawcę Strabag jest niezgodne z wymaganiami **zamawiającego**, w związku z czym oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać odrzucona jako oferta niezgodna z treścią SIWZ na podstawie **art. 89 ust. 2 pkt 1 Pzp** lub

B. **Wykonawca Strabag** w błędny sposób wyliczył parametry efektywności energetycznej, w związku z czym oferta tego wykonawcy byłaby obciążona niemożliwymi do usunięcia błędami i powinna zostać również odrzucona na podstawie **art. 89 ust. 2 pkt 1 Pzp**. Ponadto nie byłaby wtedy ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert ustalonych przez **zamawiającego**. W związku z tym, powinna zostać jej przyznana mniejsza ilość punktów niż została przyznana przez **zamawiającego**. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp oferta wykonawcy Strabag nie mogłaby zostać więc uznana za ofertę najkorzystniejszą lub

Wykonawca Strabag złożył w sposób świadomy nieprawdziwe dane dotyczące osiągniętych parametrów efektywności energetycznej i eksploatacji, w związku z czym powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** ze względu na złożenie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Przyjmując ziszczenie się tej ostatniej możliwości, należy podkreślić, że z treści **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** wynika wprost, że **zamawiający** musi wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten, poza samym faktem złożenia informacji nieprawdziwej, dla swojej skuteczności nie odnosi się do żadnych dodatkowych okoliczności, które muszą zaistnieć po stronie wykonawcy (np. jego zamiaru, stopnia winy lub stanu świadomości).

Do wykluczenia wykonawcy na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** niezbędne jest wobec tego łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

Wystąpienie w postępowaniu pierwszej ze wskazanych przesłanek nie ulega wątpliwości. Jak wynika z informacji przywołanych powyżej, wyliczenia efektywności energetycznej zawarte w ofercie **wykonawcy Strabag** są nierealistyczne, a zatem są to informacje nieprawdziwe.

A. W ofercie **wykonawcy Strabag** nie zostały uwzględnione wszystkie koszty dostarczania energii do kompleksu, którego budowa stanowi przedmiot postępowania lub też koszty te zostały wadliwie wyliczone. W przyszłości może spowodować to znaczące podniesienie kosztów użytkowania obiektu przez **zamawiającego**.

B. Analizując odtajnioną część oferty wykonawcy Strabag należy stwierdzić, że parametry podane w formularzu ofertowym w pozycjach dotyczących efektywności

energetycznej, w szczególności *Uzysku energii ze źródeł energii odnawialnej (Z)*, są niewspółmierne do realnych możliwości określenia parametrów dla tych pozycji.

Nie ulega również wątpliwości, że dokonanie nieprawidłowych wyliczeń w ofercie **wykonawcy Strabag** umożliwiło uzyskanie przez tego wykonawcę korzystnych parametrów efektywności energetycznej stanowiące istotne kryteria oceny ofert. W związku z tym, możliwy stał się wybór oferty **wykonawcy Strabag** jako oferty najkorzystniejszej, a więc nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik postępowania.

Złożenie nieprawdziwych danych mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania powinno więc skutkować wykluczeniem z postępowania **wykonawcy Strabag**.

III. Niezasadne utrzymanie zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie wykonawcy Strabag jako tajemnica przedsiębiorstwa

Zgodnie z treścią **art. 8 ust. 1 Pzp** postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Możliwość zastrzeżenia informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi wyjątek od powyższej zasady, który powinien być interpretowany ściśle. Zastrzeżenie informacji, które nie mieszczą się w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi naruszenie zasady jawności postępowania.

Nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, których wykonawca po prostu nie chce ujawnić, chociaż posiadają ogólny charakter i nie spełniają wszystkich przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, określonych w **art. 11 ust. 4 ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji**. Takie stanowisko potwierdza również Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 lutego 2013, sygn. akt: KIO 297/13, 300/13: »W ocenie Izby, tak wyartykułowane uzasadnienie utajnienia informacji, a przede wszystkim zawartość informacyjna pisma z 21.01.2013 r. nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w

przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie – byłoby

10

zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań zaniechań **zamawiającego**, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanymi im informacji».

To na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że informacje zastrzeżone w ofercie oraz inne dokumenty składane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W cytowanym wyroku KIO z 26 lutego 2013, sygn. akt: KIO 297/13, 300/13 »Podkreślenia przy tym wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne – w tym przypadku spoczywa on na Przystępującym. Nie można przyjąć, by to na **odwołującym**, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych w dokumentach składanych przez innego wykonawcę. Przystępujący nie wykazał natomiast zaistnienia przesłanek dla objęcia wszystkich informacji zawartych w piśmie z 21.01.2013 r. tajemnicą przedsiębiorstwa».

W ocenie **odwołującego**, informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty złożonej przez **wykonawcę Strabag**, nie spełniają wymogów niezbędnych dla możliwości ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Są to informacje o charakterze ogólnym. Dodatkowo **wykonawca Strabag** nie uzasadnił w sposób wystarczający w treści wyjaśnień z **09.03.2015 r.**, zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie **wykonawcy Strabag** (Raportu z modulowania energetycznego budynku) jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co było niezbędnym warunkiem dla utrzymania mocy takiego zastrzeżenia.

Zastrzeżenie informacji znajdujących się w ofercie **wykonawcy Strabag** stanowi próbę uniemożliwienia weryfikacji poprawności oferty złożonej przez **tego wykonawcę** z treścią wymagań **zamawiającego** określonych w SIWZ. Niedopuszczalność zastrzeżenia informacji dla uniemożliwienia zweryfikowania poprawności danych w ofercie została potwierdzona w Wyroku KIO z 12 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2793/10, w którym Izba jednoznacznie stwierdziła, że: »Dana informacja jest albo nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa niezależnie od prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba stoi na stanowisku, że zastrzeżenie w ofercie pewnych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców. Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób również uznać informacji zawartych w formularzu cenowym«.

11

IV. Brak potwierdzenia przez wykonawcę Strabag wdrożenia systemu zarządzania jakością o standardach określonych normą PN-EN ISO 9001:2009

Zamawiający wymagał w **pkt 1.20.4 ppkt 3 SIWZ** aby wykonawcy dołączyli do oferty certyfikat potwierdzający wdrożenie systemu zarządzania jakością o standardach określonych normą PN-EN ISO 9001:2009 lub inny równoważny dokument wystawiony przez uprawniony podmiot mający siedzibę w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Dokument załączony do oferty złożonej przez **wykonawcę Strabag** nie potwierdza wdrożenia tego systemu.

Do oferty **wykonawcy Strabag** został załączony certyfikat ISO 9001:2008.

W treści certyfikatu zostało wskazane wprost, że jego integralną częścią jest potwierdzenie, w którym zawarto informacje dotyczące warunków ważności certyfikacji.

Zgodnie z treścią ww. potwierdzenia załączonego do oferty **wykonawcy Strabag**,

warunkiem utrzymania ważności certyfikacji jest uzyskanie pozytywnych wyników audytów w nadzorze, które powinny być przeprowadzone do **25.10.2014 r.** oraz do **05.11.2015 r.**

Wykonawca Strabag nie załączył do oferty potwierdzenia uzyskania pozytywnych wyników audytu w nadzorze, który powinien być przeprowadzony do **25.10.2014 r.** W związku z tym, na podstawie samej treści dokumentów załączonych do oferty **wykonawcy Strabag** nie jest możliwe określenie czy na dzień składania ofert u **wykonawcy Strabag** był wdrożony system zarządzania jakością o standardach określonych normą PN-EN ISO 9001:2009.

Wątpliwości co do obowiązywania normy wynikają z treści dokumentów załączonych do oferty. W związku z tym niezbędne było wezwanie **wykonawcy Strabag** do uzupełnienia dokumentów lub ewentualnie do złożenia wyjaśnień dotyczących ich treści, której to czynności **zamawiający** zaniechał. W przypadku nieuzupełnienia dokumentów potwierdzających obowiązywanie normy lub niezłożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów, niezbędne będzie odrzucenie oferty **wykonawcy Strabag** na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.**

Odwolujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 02.04.2015 r.** (art. **180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp.**)

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **03.04.2015 r.** (art. **185 ust. 1 in initio Pzp.**)

12

07.04.2015 r. wykonawca **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Strabag AG z siedzibą w Spittal an der Drau, Austria oraz Ed. Zeublin AG z siedzibą w Stuttgartarcie, RFN** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. **185 ust. 2 Pzp.**)

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez **odwołującego**:

- 1) (dowód nr 1) opinia prywatna dra M. D., z której **odwołujący** wywodzi o wadliwości wyliczeń dokonanych przez przystępującego na podstawie pkt 1.24.2.3-9 SIWZ;
- 2) (dowód nr 2) opinia prywatna dra T. W., wraz z załącznikami 2A dane z tłumaczeniami do opinii nr 2, na okoliczność wadliwości wyliczeń dokonanych przez przystępującego na podstawie pkt 1.24.2.3-9 SIWZ;
- 3) (dowód nr 3) dokument prywatny analiza obecnie osiąganych sprawności systemów pomp ciepła prof. dra hab. inż. T. M. SIMP ZORPOT na wykazanie sprawności pomp ciepła, gdzie jest pokazana ich mniejsza sprawność, jest tu przedstawiony zakres możliwych sprawności pomp ciepła i mniejsze niż może to wykazać przystępujący w powiązaniu z Ek i Eu;
- 4) (dowód nr 4) opinia prywatna dot. instalacji ogniw fotowoltaicznych dra inż. W. L. na pompy i panele ich efektywność i braku energii do Ek;
- 5) pismo **odwołującego**, figurujące w protokole rozprawy jako odwołanie nr 5, dotyczące dodatkowej argumentacji odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz poprawy oczywistej omyłki i podania wadliwych danych w zakresie parametrów energetycznych i kosztów użytkowania;
oraz dowodu złożonego przez przystępującego;
- 6) (dowód nr 6) wydruk ze strony internetowej jako dowód aktualności certyfikatu wydruk ze strony internetowej wskazanej w certyfikacie; jest to dowód na to, że w oparciu o treść certyfikatu dokument ten należy uznać jako dokument kompletny

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

13

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W trakcie rozprawy **odwołujący** oświadczył, że w zakresie żądań odwołania żąda także odtajnienia oferty **wykonawcy Strabag**. Złożenie takiego oświadczenia, zdaniem odwołującego, dopuszczalne jest zgodnie z **§ 9 w związku z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964)**. Przepisy § 4 ust. 1 pkt 5-8 Regulaminu brzmią »Odwołanie zawiera [...] **(5)** wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy; **(6)** przedstawienie zarzutów; **(7)** żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; **(8)** wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności« a przepis **§ 9 Regulaminu** brzmi »W przypadku gdy odwołanie zawiera braki formalne, w szczególności z zakresu, o którym mowa w **§ 4 ust. 1 pkt 5-8**, bądź nie zawiera dokumentów, o których mowa w **§ 4 ust. 2**, Prezes Izby wzywa odwołującego do usunięcia braków formalnych odwołania w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania«.

Przepisy § 4 ust. 1 pkt 4-8 Regulaminu są odzwierciedleniem przepisu **art. 180 ust. 3 Pzp**, który brzmi »Odwołanie powinno **[5] wskazywać czynność** lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać **[6]** związane **przedstawienie zarzutów**, **[7] określać** żądanie oraz **[8]** wskazywać **okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające** wniesienie odwołania«.

Przystępujący stwierdził, że złożony do protokołu przez **odwołującego** wniosek o odtajnienie oferty nie może stanowić uzupełnienia żądań odwołania na podstawie **§ 9 w związku z § 4 regulaminu**. Wskazane przepisy dotyczą usunięcia braków formalnych odwołania. Dalej przystępujący stwierdził, że w rozpoznawanym odwołaniu zostały zawarte żądania umożliwiające rozpoznanie odwołania, a wniosek złożony na rozprawie do protokołu stanowiłby rozszerzenie odwołania.

14

Podzielając pogląd **przystępującego** Izba stwierdza również, że na podstawie § 9 Regulaminu podmiotem, który może wezwać **odwołującego** o takie usunięcie braków formalnych jest tylko **Prezes Izby**, a samo usunięcie braków formalnych może również nastąpić tylko w odpowiednim terminie – 3 dni od wezwania. Wymaganie to jest związane z możliwością właściwego przeprowadzenia procedury odwoławczej, a zwłaszcza o treści (i poinformowania całości odwołania **zamawiającego** ewentualnych **przystępujących**) aby **zamawiający** miał możliwość właściwego przygotowania się do postępowania odwoławczego bądź nawet do złożenia odpowiedzi (art. **186 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp**), w której **zamawiający** będzie mógł uwzględnić odwołanie (art. **186 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp**) albo przedstawić argumentację i przekazać tę argumentację **odwołującemu**. Na podstawie stanowiska zamawiającego odwołujący mogą nawet wycofać odwołanie (art. **187 ust. 8 Pzp**). Czynności uwzględnienie odwołania lub wycofanie odwołania mają na celu przyspieszenie procedury zamówienia publicznego, gdyż mogą one nastąpić jeszcze przed terminem wyznaczonym na przeprowadzenie posiedzenia i rozprawy. Przytoczone działania są popierane przez ustawodawcę, dlatego wycofanie odwołania czy uwzględnienie odwołania wiąże się ze znaczącym zmniejszeniem kosztów ponoszonych przez strony (art. **187 ust. 8 zdanie drugie Pzp**) aż nawet do całkowitego zniesienia tych kosztów (art. **186 ust. 6 pkt 1 lub pkt 2 lit. b Pzp**).

Przytaczane przepisy brzmią:

1) **art. 186 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp** »Zamawiający może wnieść odpowiedź na

- odwołanie«;
- 2) **art. 186 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp** »W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca«;
 - 3) **art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp** »Koszty postępowania odwoławczego [...] w okolicznościach, o których mowa w ust. 2, znosi się wzajemnie«;
 - 4) **art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b Pzp** »Koszty postępowania odwoławczego [...] w okolicznościach, o których mowa w ust. 3 [...] znosi się wzajemnie, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy;
 - 5) **art. 187 ust. 8 Pzp** »Odwołujący może **cofnąć odwołanie** do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu **zwraca się 90% wpisu**«.

15

Ponadto, zgodnie z **art. 192 ust. 7 Pzp**, Izba nie może orzekać w zakresie zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis **art. 192 ust. 7 Pzp** brzmi »Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu«. Zgodnie z wyrokiem KIO z 3 kwietnia 2015 r. sygn. akt 561/15 »zarzuty, o których mowa w **art. 192 ust. 7 Pzp**, nie sprowadzają się do wskazania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, których naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, gdyż kształtują go przede wszystkim okoliczności faktyczne i (w mniejszym stopniu) prawne przywołane dla uzasadnienia, że dane działanie lub zaniechanie **zamawiającego** jest niezgodne z przepisami ustawy. Izba jest zatem uprawniona do oceny prawidłowości zachowania **zamawiającego** (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności uzasadniających jego wniesienie przez **wykonawcę**. Innymi słowy okoliczności zawarte w odwołaniu mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby, gdyż konstytuują podlegający rozpoznaniu zarzut, który nie może być zmieniony lub rozszerzony przez przywołanie nowych okoliczności na późniejszym etapie postępowania odwoławczego. O ile na mocy **art. 190 ust. 1 Pzp** odwołujący może [...] przedstawiać dowody aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 Pzp. [...] W uzasadnieniu wyroku z 25 lipca 2013 r. (sygn. **akt KIO 1653/13**) Izba stwierdziła: *O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez [...] odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) wywiódł, że: *Izba nie może zatem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy (v: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 7 października 2011 r. w sprawie KIO 2054/11)*«.*

W związku z tym wniosek o rozszerzenie żądań przez zgłoszenie tego do protokołu na rozprawie nie może zostać pozytywnie rozpatrzony przez Izbę.

Odwołujący oświadczył do protokołu, że wyrażenie **»oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z treści odwołania«** znalazło się w treści odwołania przypadkowo, dlatego nie było brane pod uwagę przez Izbę podczas rozpoznawania odwołania.

16

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Strabag**, pomimo że oferta ta jest niezgodna z treścią

specyfikacji, zarzut drugi naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Strabag** oraz wykluczenia **wykonawcy Strabag** z udziału w postępowaniu, pomimo że oferta złożona przez tego **wykonawcę** jest niezgodna z treścią **specyfikacji** lub zawiera nieprawdziwe informacje mające istotny wpływ na wynik postępowania, które zostały w niej zawarte dla uzyskania zgodności z treścią **specyfikacji** oraz zarzut trzeci naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** – przez uznanie oferty **wykonawcy Strabag** za ofertę najkorzystniejszą, pomimo że w sytuacji, w której rozwiązanie zawarte w ofercie **tego wykonawcy** byłoby zgodne z treścią **specyfikacji** i nie zawierało nieprawdziwych informacji, jego oferta nie uzyskalaby parametrów umożliwiających uznanie jej za najkorzystniejszą – nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił w **rozd. 1 dział 1.25 ust. 1.25.1 (str. 15 i 16) SIWZ** kryteria oceny ofert. **Zamawiający** położył dosyć duży nacisk na pozacenowe kryteria oceny ofert przydzielając im wartość 56 punktów na 100 punktów możliwych do uzyskania, a w tym **zamawiający** ustanowił m.in. kryterium [2] efektywność energetyczna i eksploatacyjna – 46 punktów, a w tym podkryteria [2.1] Energia użytkowa Eu – 15 punktów, [2.2] Energia końcowa Ek – 15 punktów, [2.3] Uzysk energii ze źródeł energii odnawialnej Z – 10 punktów, Koszty użytkowania Ku – 6 punktów.

Zamawiający przewidział przyznanie punktów w kryterium efektywności ekonomicznej za podkryteria 2.1-2.4 na podstawie oceny Raportu z modelowania energetycznego. **Odwolujący** zarzucił ofercie **przystępującego**, że parametry wskazane w ofercie przystępującego są niemożliwe do uzyskania. W związku z tym **zamawiający** powinien zastosować się do unormowania **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp lub art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** i odrzucić ofertę lub wykluczyć wykonawcę z postępowania i uznać ofertę przystępującego za odrzuconą.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania«.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Art. 91 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

17

Odwolujący złożył dowody 1 [opinia prywatna dra M. D.] i 2 [opinia prywatna dra T. W.] opisane wyżej na wykazanie, że **przystępujący** dokonał wadliwych obliczeń bądź celowo wprowadził w błąd **zamawiającego**. Również dowody 3 i 4 wg **odwołującego** wskazują na brak możliwości osiągnięcia wydajności pomp ciepła i ogniw fotowoltaicznych, jaką może przedstawiać **przystępujący** w swoim zastrzeżonym raporcie.

Jednak **zamawiający** podniósł – zdaniem Izby – słusznie, że wyliczenia **przystępującego** i **odwołującego** niewiele od siebie odbiegają, a różnice punktowe w ocenie obu ofert w poruszanych kryteriach wartości technicznych są minimalne i wynoszą 0,08 punktu. Ponadto cyt. »Odnosząc się do **dowodu nr 1, zamawiający** wskazuje, że prawdziwe jest stwierdzenie **zdania 1 akapitu 3**, gdzie opiniujący stwierdził, że nie znając utajnionych danych raportu nie można sprawdzić poprawności rozwiązań ani prawidłowości rozwiązań zastosowanych przez **przystępującego**. Odnośnie **dowodu nr 2**, opiniujący posuwa się do stwierdzeń niemal kategoriycznych, jednak bazuje na błędnych założeniach, bo zakłada, że wszyscy powinni przeprowadzić modelowanie w taki sposób i zastosować takie rozwiązania, jak w ofercie **odwołującego**, a to zdaniem **zamawiającego** jest założeniem nieprawdziwym. Odnośnie **dowodu nr 3 i 4, zamawiający** zgadza się z ogólnymi stwierdzeniami tam zawartymi, gdyż są to informacje generalnie prawdziwe, co tym bardziej podkreśla zasadność obliczeń wykonanych przez **przystępującego**«.

Izba stwierdza również, że **odwołujący** nie wykazał aby przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. **Przystępujący** zastosował inne rozwiązania niż **odwołujący**, a to było dozwolone przez **zamawiającego** w specyfikacji.

Dlatego – ze względu na brak wystąpienia wskazanych przez **odwołującego** czynników,

których zaistnienie nakazuje **zamawiającemu** wykluczenie **przystępującego** lub odrzucenie oferty **przystępującego** – **zamawiający** miał obowiązek dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, którą okazała się oferta **przystępującego**, a więc **zamawiający** nie naruszył **art. 91 ust. 1 Pzp**.

W związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutów pierwszego, drugiego i trzeciego naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** oraz naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** i naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp**

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Strabag**, pomimo że oferta zawierała istotny błąd w wyliczeniu parametru *Kosztów użytkowych (Ku)* skutkujący niezgodnością zaoferowanego rozwiązania z treścią **specyfikacji** oraz przez poprawienie

18

omyłki pisarskiej w formularzu ofertowym **wykonawcy Strabag**, pomimo że nie ziszcili się przesłanki umożliwiające poprawienie tego typu omyłki – nie zasługuje na uwzględnienie. **Zamawiający** dokonał ingerencji w ofercie **przystępującego** i w formularzu oferty poprawił liczby **7.17** na **31,15**, jako poprawa oczywistej omyłki, zgodnie z **art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp**. Przepis **art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp** brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie [...] oczywiste omyłki pisarskie [...] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«.

Brak jest ustawowej definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Także zakres poprawiania oczywistej omyłki nie jest unormowany. W związku z tym każdorazowo należy przeanalizować czy dana zmiana w ofercie mieści się w pojęciu poprawy oczywistej omyłki pisarskiej. Ze względu na swoją oczywistość – poprawa nie może być wynikiem prowadzenia wnikliwych badań, a powinny być wynikiem łatwo dostępnych informacji i niezawansowanej wiedzy. Np. wiedzą taką mogą być powszechne wiadomości wyniesione ze szkoły, ze studiów, z praktyki zawodowej czy z życia codziennego. Łatwo dostępne informacje mogą być zawarte także np. w innych miejscach oferty, nawet w części oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Stąd **zamawiający** poprawił (ujednolicił) w formularzu oferty niezamierzone podanie innych danych niż wynikających z obliczeń znajdujących się w części zastrzeżonej oferty na str. 53. Na tej stronie znajdowało się umotywowanie wpisania takich, a nie innych danych liczbowych do odpowiedniego miejsca formularza oferty.

Podkreślenia wymaga, że oczywistości omyłki nie można oddzielać od wiedzy **zamawiającego** czy posiadanych przez niego wiadomości, a wprost zagadnienie oczywistości omyłki należy tą wiedzą uzasadniać. Kolejną cechą omyłki, którą należy wziąć pod uwagę, aby móc dokonać poprawy oczywistej omyłki pisarskiej jest jej niezamierzony charakter. I również cecha ta wystąpiła w rozpoznawanej poprawie. Zdaniem Izby, taka poprawa jest zgodna ze stanowiskiem prezentowanym w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 21 maja 2008 r. (sygn. akt XII Ga 151/08). W wyroku tym stwierdzono, że błąd pisarski to »widoczne, wbrew zamierzeniu, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub większej liczby wyrazów [...]«. Sąd położył nacisk na brak zamierzenia wpisania do oferty jakiś znaków bądź ich opuszczenia lub zamienienia. W rozpoznawanym postępowaniu Izba stwierdza wystąpienie właśnie takiego braku zamierzenia. **Przystępujący** zamierzał wywieść z części zastrzeżonej oferty zasadność dojścia do ustaleń liczbowych, które zamierzał przenieść do formularza oferty. Istnienie tej liczby w części zastrzeżonej zostało okazane, za zgodą **przystępującego** i **zamawiającego, odwołującemu** podczas rozprawy – fragment strony 53, co zostało odnotowane w protokole.

Izba stwierdza, że z nieznanymi powodami **przystępujący** wprowadził do formularza oferty inne dane liczbowe niż wynikało to z zamiarów **przystępującego** uwidocznionych

19

właśnie na stronie 53 załącznika do oferty, który został zastrzeżony. Wobec stwierdzenia niezamierzonego wpisania do formularza oferty przez **przystępującego** liczby »7,17« oraz posiadania wiedzy, jaka liczba powinna być prawidłowo wpisana, **zamawiający** dokonał zgodnie z **art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp** poprawy oczywistej omyłki wstawiając w miejsce liczby

»7,17« liczbę »31,15«, którą **przystępujący** zamierzał wstawić w to miejsce, jak wynika z treści strony 53 zastrzeżonej części oferty.

Wobec tego Izba stwierdza, że zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **przystępującego** i przez poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej w formularzu ofertowym **przystępującego** – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut szósty naruszenia **art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp** – przez zaniechanie wezwania przez **zamawiającego wykonawcy Strabag** do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością o standardach określonych normą PN-EN ISO 9001:2009 lub wyjaśnienia treści złożonych dokumentów, pomimo że dokument załączony do oferty **wykonawcy Strabag** nie potwierdza wdrożenia systemu zarządzania jakością o standardach określonych normą PN-EN ISO 9001:2009 – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez **zamawiającego** oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«.

Art. 26 ust. 4 Pzp brzmi »Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1«.

Na zastrzeżenie **odwołującego**, że wymagany do oferty certyfikat potwierdzający wdrożenia systemu zarządzania jakością o standardach określonych normą PN-EN ISO 9001:2009 nie spełnia warunków postawionych przez **zamawiającego przystępujący** złożył

20

dowód nr 6 wydruk ze strony internetowej wskazanej w certyfikacie na potwierdzenie, że w oparciu o treść certyfikatu dokument ten należy uznać jako dokument kompletny.

Zamawiający i przystępujący stwierdzili, że integralną częścią kwestionowanego certyfikatu jest potwierdzenie, w którym są zawarte informacje dotyczące potwierdzenia warunków ważności certyfikatu. Potwierdzenie to zostało załączone do oferty. Na str. 5 z treści certyfikatu nie wynika, że jego integralną częścią są aktualizacje. Jednak informacje takie można uzyskać telefonicznie, faksem, mailowo lub na stronie internetowej, jest to informacja o aktualności certyfikatu.

Izba stwierdza, że wobec reguły żądania dokumentów tylko niezbędnych do przeprowadzenia postępowania i zaniechania żądania zbytecznych dokumentów, czego uzewnętrznieniem jest treść rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Również **zamawiający** mogąc bez problemu uzyskać informacje z powszechnie dostępnych źródeł, a takim jest bez wątpienia Internet, może poprzestać na samodzielnym skonfrontowaniu posiadanych informacji z informacjami wynikającymi z takiego źródła.

Wobec powyższego zarzut szósty naruszenia **art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp** nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia **art. 8 ust. 1-3 Pzp** – przez zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie **wykonawcy Strabag**, pomimo że nie ma podstaw do dokonania zastrzeżenia części oferty zawierającej Raport z modulowania energetycznego budynku – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 8 ust. 1-3 Pzp brzmią »1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o

udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio».

W zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa Izba przychyliła się do stanowiska **zamawiającego** wyrażonego do protokołu podczas rozprawy. Cyt. »wszyscy **wykonawcy** utajnili raport, ponieważ spełnia on przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w świetle **art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne,

21

organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (...)”. Załącznik niejawnny zgodnie z **art. 5 ust. 2 uoddi** pozostanie tajny. Załącznik ten jest odzwierciedleniem know-how **przystępującego**».

W związku z tym Izba stwierdza, że zarzut piąty naruszenia **art. 8 ust. 1-3 Pzp** – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut siódmy naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie ww. przepisów – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 1 i 3 Pzp brzmią »1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy«.

Odwołujący nie wykazał naruszenia żadnego z przepisów wskazanych w odwołaniu, a w stosunku do naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** odwołujący nie przytoczył żadnego argumentu. W związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutu naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp**.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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).

Przewodniczący:

22