Sygn. akt: KIO 2640/13

WYROK
z dnia 22 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **HUSAR Budownictwo In ynieryjne Sp. z o.o., ul. Płocka 15, 87-800 Włocławek, Eko Partnerzy Sp. z o.o., ul. Wólczyńska 321, 01-919 Warszawa, M…….. Sp. z o.o., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie i Kanalizacji w m. st. S.A., Przedsiębiorstwo Wodociągów Warszawie Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **WTE Wassertechnik GmbH, Ruhrallee 185, 45136 Essen, Niemcy, PORR Polska S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa, WTE Wassertechnik Polska Sp. z o.o., ul. Ry owa 45, 02-495 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

---

2. kosztami postępowania obcią a **HUSAR Budownictwo In ynieryjne Sp. z o.o., ul. Płocka 15, 87-800 Włocławek, Eko Partnerzy Sp. z o.o., ul. Wólczyńska 321, 01-919 Warszawa, M……. Sp. z o.o., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **HUSAR Budownictwo In ynieryjne Sp. z o.o., ul. Płocka 15, 87-800 Włocławek, Eko Sp. z ul. 321, 01-919 Partnerzy o.o., Wólczyńska Warszawa, MOLEWSKI Sp. z o.o., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **HUSAR Budownictwo In ynieryjne Sp. z o.o., ul. Płocka 15, 87-800 Włocławek, Eko Partnerzy Sp. z o.o., ul. Wólczyńska 321, 01-919 Warszawa, M…….. Sp. z o.o., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa** kwotę **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. (dalej „zamawiający") w trybie przetargu ograniczonego na „Modernizację i rozbudowę Oczyszczalni Ścieków w Pruszkowie" (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 kwietnia 2013 r. pod numerem 2012/S 239-394237) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: HUSAR Budownictwo In ynieryjne Sp. z o.o., Eko Partnerzy Sp. z o.o., M……. Sp. z o.o. (dalej „odwołujący") wnieśli odwołanie wobec naruszenia przez zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej: „ustawa Pzp"]:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wszczęcia procedury wyjaśniającej treść oferty,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3, poprzez zaniechanie poprawienia dwóch omyłek w ofercie odwołującego, mających charakter innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ"), a niepowodującej istotnych zmian w treści oferty,
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego z pominięciem ww. procedur,
4. art. 14 w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez skorzystanie z prawa wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uniewa nienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. uniewa nienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. dokonanie czynności wyjaśnienia treści oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
4. dokonanie czynności poprawienia omyłek w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
5. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a tak e o:
6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Zdaniem odwołującego w przypadku wskazanego przez odwołującego w „Ofercie przetargowej" oraz „Gwarancji procesowej nr 9" parametru dla agregatu kogeneracyjnego w zakresie sprawności całego układu mamy do czynienia z inną omyłką w rozumieniu art. 87

ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, którą zamawiający powinien poprawić w celu doprowadzenia treści oferty do zgodności z treścią SIWZ, czego zaniechał, automatycznie stwierdzając, i wskazana wartość dla określenia parametru sprawności całego układu jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zaznaczył, i treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co wskazuje, i przed podjęciem czynności o odrzuceniu oferty, zamawiający powinien zbadać, czy nieprawidłowości oferty, polegające na jej niezgodności z treścią SIWZ mogą zostać zakwalifikowane jako inna omyłka.

Odwołujący przyznał, e obecna treść oferty jego oferty stoi w sprzeczności z wymaganiami SIWZ, poniewa wskazany parametr 84% sprawności całego układu (przy 100% obcią eniu) jest ni szy ni wymagany przez zamawiającego minimalny „>84%", jednak ocenił, e niezgodność ta nie ma charakteru istotnego w stosunku do całej oferty, poniewa dostawa i monta agregatu kogeneracyjnego stanowi jedynie pewien wycinek przedmiotu zamówienia, a parametry agregatu nie stanowią decydującego czynnika mającego wpływ na treść całej oferty. Zaznaczył, e w pozostałym zakresie jego oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego.

W ocenie odwołującego nieistotność potwierdza omyłkowy charakter niezgodności oferty z treścią SIWZ – odwołujący wyjaśnił, e wpisał właściwą wartość parametru, odpowiadającą wymaganemu wskaźnikowi „84%", zabrakło jedynie znaku „>". Oświadczył, e pominięcie znaku „>" nie zostało dokonane celowo, z zamierzeniem

zło enia oferty niezgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący stwierdził, e zamawiający w SIWZ nie wymagał wskazania konkretnej wartości dla określenia parametrów wymaganych dla agregatów kogeneracyjnych, a w konsekwencji uznał, e wykonawcy mogli określić wymagane parametry równie za pomocą zastosowanych przez zamawiającego znaków.

Odwołujący oświadczył nadto, e oferowany przez niego agregat kogeneracyjny w istocie spełnia wymagane przez zamawiającego parametry. Podał, e dostawę dwóch modułów kogeneracyjnych zapewnić miał dostawca - FEROX Energy Systems sp. z o.o., który zło ył odwołującemu ofertę w dniu 10 października 2013 r., który zadeklarował sprawność elektryczną 40,3% oraz całości układu 84,1 %, co zostało przez dostawcę potwierdzone w zło onej odwołującemu gwarancji procesowej.

Stwierdził tak e, odwołując się do załączonego do odwołania oświadczenia innego wykonawcy biorącego udział w niniejszym postępowaniu tj. P.R.I. POL-AQUA S.A., zło onego w odpowiedzi na prośbę odwołującego, i P.R.I. POL – Aqua S.A. wykonawca ten zaoferował ten sam agregat od tego samego producenta, potwierdzając w ofercie uzyskanie parametru sprawności w wysokości 84,1%.

Odwołujący w podsumowaniu wskazał, e faktycznie oferuje zamawiającemu agregat

kogeneracyjny odpowiadający jego wymaganiom, w związku z czym oferta odpowiada treści SIWZ, a zatem czynność odrzucenia oferty odwołującego została dokonana z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołujący podał, e zaistniała omyłka i rozbie ność w ofercie odwołującego była wynikiem omyłki jego pracowników, która w przypadku wezwania zamawiającego zostałaby wyjaśniona. Oświadczył, e nie miał adnego interesu w tym, aby zło yć ofertę niezgodną z treścią SIWZ, przeciwnie - interes odwołującego polegał na uzyskaniu zamówienia. Odwołujący podał, e wszczął postępowanie wyjaśniające wobec swoich pracowników przygotowujących ofertę, na dowód czego załączył do odwołania oświadczenia pracowników. Stwierdził, e pomimo doło enia nale ytej staranności powstała niezamierzona omyłka wynikła z niedopatrzenia przy sprawdzaniu wydrukowanych dokumentów.

Odwołujący wskazał, e składał ofertę z zamiarem uzyskania przedmiotowego zamówienia, co potwierdza fakt zło enia wadium w wysokości 1, 5 mln zł, podnosząc e pozyskanie gwarancji ubezpieczeniowej na tak ogromną sumę przez podmiot prowadzący działalność bez zamiaru uzyskania zamówienia publicznego byłoby działaniem nieracjonalnym.

winien był Zdaniem odwołującego zamawiający potraktować przedmiotową niezgodność oferty z treścią SIWZ jako „inną omyłkę” lub powziąwszy wątpliwość, powinien zastosować procedurę wyjaśnień określoną w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przy czym z adnego przepisu ustawy nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak równie zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji. Odwołujący uznał, i zamawiający powinien powziąć wątpliwość, czy niezgodność oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki, czy te zamierzonego działania, a arbitralne stwierdzenie, i odwołujący zło ył ofertę niezgodną z treścią SIWZ nie znajduje adnego uzasadnienia ani w stanie faktycznym, ani w prawnym.

W ocenie odwołującego takie postępowanie zamawiającego pozostaje równie w sprzeczności z art. 5 kodeksu cywilnego.

Odnosząc się do podania niewłaściwej dawki polielektrolitu, gwarantującej efekt odwodnienia odwołujący podał, e w „Gwarancji procesowej nr 6” zamiast wpisać dawkę w wysokości 6 kg subst. aktywnej/tonę s.m. wskazał 0,006 kg subst. aktywnej/tonę s.m., co jest ewidentnie wynikiem błędnego przeliczenia miar i ju na pierwszy rzut oka mo na stwierdzić, i odwołujący dopuścił się omyłki Świadczy o tym fakt, i zamawiający w obu gwarancjach zastosował odmienne jednostki miar dla tej samej substancji, wymagając to samej dawki.

Odwołujący oświadczył, e nie miał zamiaru zło yć oferty niezgodnej z treścią SIWZ, poniewa nawet z treści obu gwarancji procesowych (nr 5 i 6) mo na wyczytać zamiar zaoferowania to samej dawki polielektrolitu dla odwadniania.

Odwołujący zauwa ył, i zamawiający posiada wszelkie instrumenty konieczne do poprawienia oferty, poniewa w „Gwarancji procesowej nr 5" wartość została wpisana poprawnie. Poniewa , w ofercie pojawiły się rozbie ności pomiędzy treścią dwóch dokumentów, zamawiający powinien był zastosować procedurę wyjaśniającą zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poni ej dowodów, odwołania wniesionego w dniu 12 listopada 2013 r. wraz z załącznikami, pisma przystępującego z dnia 22 listopada 2013 r., a tak e stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zwa ył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, e odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, poniewa wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną mo liwością poniesienia szkody przez odwołującego, poniewa uwzględnienie odwołania, którego zarzuty zmierzają do uniewa nienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oznaczałoby poddanie oferty odwołującego ocenie wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów (cena - 80%, wartość techniczna - 20%) i dawałoby mu, w świetle zaoferowanej przez odwołującego ceny i parametrów technicznych, szansę na uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przedło onej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ"),
2. Oferty odwołującego,
3. Gwarancji Procesowej Nr 5 i Nr 6 wykonawcy P.R.I. POL-AQUA S.A.,
4. *Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty* z dnia 31 października 2013 r.

Opinię w sprawie parametrów technicznych zespołu kogenerycyjnego z dnia 12 listopada 2013 r., sporządzoną przez dr in . Jacka Kalinę – adiunkta w Instytucie Techniki Cieplnej Politechniki Śląskiej, będącego jednocześnie pełnomocnikiem odwołującego, skład orzekający uznał za stanowisko odwołującego.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu zaoferowania agregatu kogeneracyjnego o parametrze ni szym ni minimalny oraz zaniechania poprawienia w tym zakresie omyłki w treści oferty odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezsporny był ustanowiony przez zamawiającego wymóg, aby minimalna sprawność elektryczna agregatów kogeneracyjnych zasilanych biogazem (przy 100% obcią eniu) wynosiła > 38%, a jednocześnie, aby minimalna sprawność całości układu (przy 100% obcią eniu) wynosiła > 84%.

Bezsporny był tak e obowiązek wskazania przez wykonawców w ofertach ww. sprawności, czemu słu yć miały opracowane przez zamawiającego wzory formularzy, tj. *Oferta Przetargowa* oraz *Gwarancja Procesowa Nr 9.*

Zarówno w wypełnionym formularzu *Oferta Przetargowa,* jak i wypełnionym formularzu *Gwarancja Procesowa Nr 9* odwołujący wpisał dla sprawności całości układu wartość parametru: „84 %", a zatem wielkość nie mieszczącą się w wymogu zamawiającego ustanowionego w przedziale powy ej 84 %.

Odwołujący nie kwestionował, e treść jego oferty stoi w sprzeczności z wymaganiem SIWZ, jednak utrzymywał, e „niezgodność nie ma charakteru istotnego w stosunku do całej oferty", „parametry agregatu nie stanowią decydującego czynnika mającego wpływ na treść oferty", a tak e e zamawiający z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winien poprzedzić wskazaną przez odwołującego wielkość

parametru, tj. 84 % znakiem „>”.

Odwołującego stwierdził, e zamawiający w SIWZ nie wymagał wskazania konkretnej wartości dla parametrów wymaganych dla agregatów kogeneracyjnych, tym samym wykonawcy mogli określić parametry równie za pomocą zastosowanych przez zamawiającego znaków. (w tym przypadku „>”).

Dostrze enia wymaga, e odwołujący na podstawie *Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej* z dnia 31 października 2013 r. błędnie przyjął, e zamawiający odrzucił jego ofertę z tego powodu, e „zaoferował agregat kogeneracyjny o parametrze ni szym ni minimalny” (str. 3 odwołania), poniewa powodem odrzucenia oferty odwołującego była zbyt mała sprawność całego układu, a nie samego agregatu.

Odwołujący na rozprawie podnosił, e „na etapie, kiedy nie ma projektu technicznego, to parametry urządzeń nale y traktować z pewną ostro nością, stąd, pomimo i dostawca wskazał kwestionowany parametr sprawności agregatu wynoszący 86,3 %, Odwołujący wskazał 84, omyłkowo nie poprzedzając go znakiem „>”.

Powy sze prowadzi do wniosku, e sprawność całkowita agregatu nie jest to sama ze sprawnością całości układu (a zatem sprawność całości układu nie wynosi 86,3 % jak sprawność całkowita agregatu Agenitor 408 BG, który – jak twierdził odwołujący, został przez niego zaoferowany), a ka dy wykonawca indywidualnie musi, z uwzględnieniem m.in. sprawności całkowitej oferowanych agregatów wskazać, na podstawie własnych e projektów/analiz, jaką całkowitą sprawność układu gwarantuje. Oznacza to tak e, korzystanie przez ró nych wykonawców z tych samych agregatów nie musi prowadzić do zagwarantowania przez nich w składanych ofertach takiej samej sprawności całości układu (przyjmując nawet za prawdziwe zało enie, e inny wykonawca, tj. P.R.I. POL-AQUA S.A. zaoferował takie same jak odwołujący agregaty, to nie jest uprawnione, ze względu na mo liwość zagwarantowania sprawności całości układu wynikającą z projektów/analiz własnych poszczególnych wykonawców, przyjęcie w przypadku odwołującego takiej samej sprawności całości układu, jaką zagwarantował wykonawca P.R.I. POL-AQUA S.A.).

Skład orzekający nie podziela stanowiska odwołującego, i zamawiający nie wymagał wskazania konkretnej wartości (wielkości) parametrów w odniesieniu do agregatów kogeneracyjnych.

Wskazać nale y, e wymogi stawiane w odniesieniu do „cech” przedmiotu zamówienia mogą być konstruowane przez zamawiających poprzez wskazanie, e jedynie osiągnięcie konkretnej wielkości konkretnego parametru będzie stanowiło spełnienie tego wymogu (np. tylko zaoferowanie agregatów kogeneracyjnych o sprawności całości układu wynoszącym 84 % będzie spełnieniem wymogu) albo poprzez wskazanie, e osiągnięcie ka dej wielkości konkretnego parametru powy ej/poni ej wskazanej przez zamawiającego wielkości granicznej (np. zaoferowanie agregatów kogeneracyjnych o sprawności całości układu wynoszącym więcej ni 84%) będzie spełnieniem wymogu.

Podkreślenia jednak wymaga rozró nienie prawa zamawiającego co do sposobu konstruowania wymagań (konkretna wielkości albo wielkość powy ej/poni ej konkretnej wielkości) od obowiązku wskazania przez wykonawcę w ofercie urządzeń o konkretnych parametrach – zaoferowania urządzenia o skonkretyzowanych parametrach, czyli – odwołując się do językowego znaczenia słowa „parametr” – o „wielkościach charakterystycznych dla danego materiału, procesu, urządzenia”.

Zamawiający, w ramach *Formularza Ofertowego* opracował tabelę, w której w kolumnie *Wymagania Zamawiającego* opisał swoje wymagania, oczekując w kolumnie *Parametry gwarantowane przez Wykonawcę* wpisania konkretnych wielkości poszczególnych parametrów, nie zaś – do czego zdawał się zmierzać odwołujący – do powtórzenia wymogu zamawiającego (tj. powtórzenia „> 84 %). Gdyby było inaczej, to konstruowanie całej tabeli w *Formularzu ofertowym* byłoby zupełnie zbędne wobec

oświadczenia składanego przez wykonawców w ramach tego samego *Formularza,* i oferują

wykonanie całości zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ (a zatem tak e co do zaoferowania agregatów kogeneracyjnych o sprawności całości układu > 84%).

Taki sposób rozumienia (podanie konkretnych wielkości dla poszczególnych parametrów) wynika nie tylko z ofert innych wykonawców, ale tak e z oferty samego odwołującego, który w przypadku wszystkich pozostałych parametrów wskazał ich konkretne wielkości, pomimo, e inne parametry tak samo jak wymóg co do sprawności całości układu zostały skonstruowane, poprzez wskazanie wielkości granicznej i opatrzenie ich zastrze eniem „nie wy sza", „nie ni sza", przy czym posługiwanie się przez zamawiającego znakami graficznymi („>"), czy te słowami „nie wy sza", „nie ni sza" nie ma w ocenie składu orzekającego Izby, zwłaszcza dla profesjonalistów uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, adnego znaczenia dla odczytania oczekiwań zamawiającego.

Reasumując, obowiązkiem odwołującego było wskazanie konkretnej wielkości sprawności agregatów kogeneracyjnych zasilanych biogazem (przy 100% obcią eniu), a jednocześnie konkretnej wielkości sprawności całości układu (przy 100% obcią eniu), co odwołujący wypełnił wskazując odpowiednio wielkości: 40,3 % i 84 %.

Niewątpliwie wskazana wielkość 84% jest niezgodna z wymogiem zamawiającego ustalonym powy ej 84%.

W orzecznictwie Izba wypracowała wskazówki wyznaczające granice pomiędzy dopuszczalnym poprawianiem treści oferty a niedopuszczalnym wytworzeniem zupełnie nowego brzmienia oświadczenia woli wykonawcy, niewynikającego ze zło onej oferty. Jednym z takich kryteriów jest mo liwość samodzielnego, a więc bez udziału wykonawcy, dokonania przez zamawiającego poprawienia omyłek.

W rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie, ze względu na obowiązek podania przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, w ramach opracowanych przez zamawiającego wzorów formularzy (w szczególności: *Formularz Ofertowy i Gwarancja Procesowa Nr 9)* konkretnych wielości (nie zaś wielu wielkości mieszczących się w przedziałach: powy ej, poni ej) zamawiający nie mógł dokonać poprawienia oferty odwołującego, poniewa takiej konkretnej wielkości nie zawierała ani treść SIWZ (> 84 % to jedynie „początek przedziału", w którym mogły się mieścić wielkości wskazywane przez wykonawców), ani oferta odwołującego. Co więcej, taką samą, niezgodną z wymogiem SIWZ wielkość parametru odwołujący zaoferował w dwóch ró nych miejscach swojej oferty.

Uwagę zwraca niespójność wyjaśnień zło onych przez osobę odpowiedzialną u odwołującego za przygotowanie oferty, która wskazała, e omyłka powstała (1) przy

przepisywaniu parametru na podstawie oferty od Ferox Energy Systems Sp. z o.o., (2) „wynikła z niedopatrzenia przy sprawdzeniu wydrukowanych dokumentów", (3) „kolejnym czynnikiem powstania omyłki mogło być odmienne sformułowanie wymaganego parametru w gwarancji procesowej nr 9".

Wyjaśnienia te skład orzekający Izby uznał za niewiarygodne tak e z tego powodu, e brak jest w ogóle podstaw do przyjęcia, e oferta dostawcy Ferox Energy Systems tylko opis modułu Sp. z o.o. FES/SG/2013/09/061_Husar zawierała coś więcej ni kogeneracyjnego Ageniotr 408 BG, w szczególności e zawierała dodatkowo wypełnioną przez dostawcę *Gwarancję Procesową Nr 9* wskazującą sprawność całości układu wynoszącą 84,1 %, poniewa oba dokumenty zostały sporządzone w innym czasie - oferta została sporządzona 10 października 2013 r., *Gwarancja Procesowa Nr* 9 zaś 14 października 2013 r. Nadto w ofercie dostawca nie odwołuje się do *Gwarancji Procesowej* jako jej załącznika, nie ma tak e adnych wiarygodnych informacji, w jakim celu e data podpisania *Gwarancja* ta została sporządzona. Dodatkowo wskazać nale y, *Gwarancji Procesowej Nr 9,* tj. 14 października 2013 r. nie odpowiada dacie wskazanej w oświadczeniu Prezesa Zarządu dostawcy z dnia 7 listopada 2013 r., w którym wskazano, e „deklarowane sprawności elektryczna 40,3 % oraz całości układu 84,1 % zostały potwierdzone na załączonym druku gwarancji procesowej nr 9 w dniu 11.10.2013 r."

Skład orzekający Izby nie podziela tak e stanowisko odwołującego, e niezgodność co do parametru sprawności całości układu nie ma charakteru istotnego, poniewa fakt wyselekcjonowania przez zamawiającego niektórych tylko parametrów, w tym właśnie sprawności całości układu i nakazania wykonawcom podania ich wartości świadczy o ich kluczowym dla zamawiającego znaczeniu, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, e tym nielicznym parametrom zamawiający dedykował poszczególne formularze *Gwarancji Procesowych,* a osiągnięcie zadeklarowanych wielkości będzie przez zamawiającego na etapie realizacji zamówienia rozliczane.

Wezwanie odwołującego do zło enia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji gdy wielkość parametru – sprawność całości układu została wskazana przez dowołującego dwukrotnie, było niecelowe i doprowadziłoby jedynie do podania nowej wielkości parametru, co byłoby równoznaczne z niedopuszczalną zmianą treści oferty po upływie terminu składania ofert wyznaczonym przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

KIO 2640/13 11

Zarzut zaniechania poprawienia przez zamawiającego omyłki, polegającej na wskazaniu przez odwołującego w Gwarancji Procesowej Nr 6 dawki polielektrolitu wynoszącej 0,006 zamiast 6 kg substancji aktywnej/ tonę suchej masy zasługuje na uwzględnienie.

W *Gwarancji Procesowej Nr 5 Zawartość suchej masy w osadzie odwodnionym w warunkach projektowanych ładunków zanieczyszczeń* oraz *Gwarancji Procesowej Nr 6 Dawka chemikaliów u ywanych w procesach technologicznych w warunkach projektowanych ładunków zanieczyszczeń* zamawiający za ądał wskazania przez wykonawców średniej dawki polielektrolitu, zapewniającej efekt odwadniania osadu.

Odwołujący podniósł, co zamawiający potwierdził na rozprawie („W SIWZ Zamawiający nie wskazał granicznego wymogu dla tej dawki, ale z całą pewnością dawka ta powinna być wskazana jednolicie"), e w obu *Gwarancjach Procesowych* średnia dawka polielektrolitu musiała być to sama, przy czym w *Gwarancji Procesowej Nr 5* zamawiający przewidział wskazanie dawki w „g/kg s.m., natomiast w *Gwarancji Procesowej Nr 6* w „kg substancji aktywnej /tonę s.m.".

Odwołujący w *Gwarancji Procesowej Nr 6* wskazał dawkę: 0,006 kg subst. aktywnej/ tonę s.m., natomiast w *Gwarancji Procesowej Nr 5* dawkę: 6 g/kg s.m. (dawka: nie większa ni).

W ocenie składu orzekającego Izby biorąc pod uwagę, e dawka wskazana w *Gwarancji Procesowej Nr 6* (0,006) jest technologicznie niemo liwa (co zamawiający oświadczył na rozprawie), dawki w obu *Gwarancjach* winny być to same (o czym była mowa powy ej), a obie dawki ró ni „rząd wielkości" – cyfra „6" jest natomiast wspólna, to uznać nale y, e zamawiający miał wystarczające podstawy, aby dokonać poprawienia tej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał (abstrahując od tego, na czym w tym przypadku polega niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ), e bezpodstawnie w *Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty* zamawiający, podając przyczyny odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazał rozbie ności w *Gwarancjach Procesowych Nr 5 i 6* odwołującego, nie dokonując wcześniej poprawienie omyłki, jaka wkradła się w *Gwarancji Procesowej Nr 6.*

KIO 2640/13 12

Skład orzekający Izby, pomimo uwzględnienia jednego z zarzutów odwołania, odwołanie oddalił, poniewa zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu zagwarantowania przez odwołującego w *Gwarancji Procesowej Nr 9* sprawności całości układu wynoszącej 84 %, tj. niezgodnie z wymogiem zamawiającym określonym powy ej 84 %, a brak było podstaw do uznania, e w ofercie odwołującego wkradła się podlegająca poprawie omyłka.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a i § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……