

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2018 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018 roku przez wykonawcę Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tauron Wytwarzanie spółka akcyjna z siedzibą w Jaworznie

przy udziale wykonawcy Energomontaż Zachód Wrocław spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1570/18 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Uciepłownienie bloku nr 10 wraz z dostosowaniem układu wyprowadzania ciepła w TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Rędzinie tj. oferty wykonawcy Energomontaż Zachód Wrocław spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Uciepłownienie bloku nr 10 wraz z dostosowaniem układu wyprowadzania ciepła w TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Rędzinie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawcy Energomontaż Zachód Wrocław spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Tauron Wytwarzanie spółka akcyjna z siedzibą w Jaworznie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Tauron Wytwarzanie spółka akcyjna z siedzibą w

Jaworznie na rzecz wykonawcy Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty 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:

Sygn. akt: KIO 1570/18

UZASADNIENIE

Zamawiający - Tauron Wytwarzanie spółka akcyjna z siedzibą w Jaworznie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą Uciepłownienie bloku nr 10 wraz z dostosowaniem układu wyprowadzania ciepła w TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Rędzinie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2017 roku pod numerem 2017/S 247-521377.

6 sierpnia 2018 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Elektromontaż Zachód Wrocław spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Elektromontaż”) jako oferty najkorzystniejszej, zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Energomontaż i zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Energomontaż pomimo jej istotnych wad powodujących, iż treść powyższej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty Energomontaż, jako oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego. Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocników w wysokości określonej na podstawie wykazu i rachunków złożonych do akt sprawy na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem złożył ofertę w postępowaniu, która w przypadku uwzględnienia odwołania powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego i zaniechaniu odrzuceniu oferty Energomontaż oferta Odwołującego nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę

w postaci nieudzielenia mu zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał następujący stan faktycznych sprawy:

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2017 r. ogłosił postępowanie na roboty budowlane pod nazwą: „Uciepłownienie bloku nr 10 wraz z dostosowaniem układu wyprowadzania ciepła w TAURON Wytworzenie S.A. Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie”. (Dowód: - ogłoszenie o zamówieniu z dnia 23 grudnia 2017 r.).

Zgodnie z informacją z sesji otwarcia ofert z dnia 3 lipca 2018 r. w postępowaniu oferty złożyli następujący Wykonawcy: (-) Mostostal Warszawa S.A. (Odwołujący), (-) GE Power sp. z o.o., (-) Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o.

(Dowód: - informacja z sesji otwarcia ofert z dnia 3 lipca 2018 r.).

W ramach prowadzonego postępowania wyjaśniającego Zamawiający postanowił odrzucić ofertę wykonawcy GE Power sp. z o.o. Tym samym, w postępowaniu pozostały jedynie dwie oferty niepodlegające odrzuceniu złożone przez Odwołującego oraz Energomontaż.

Zgodnie z zawiadomieniem z dnia 27 lipca 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Energomontaż jako oferty najkorzystniejszej.

(Dowód: - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 27 lipca 2018 r.)

Odwołujący podniósł następującą argumentację w zakresie podstawy do odrzucenia oferty Energomontaż:

Zadanie Odwołującego wybór oferty Energomontaż, jako oferty najkorzystniejszej został dokonany pomimo istotnych wad w ofercie tego wykonawcy, które to powinny w konsekwencji spowodować odrzucenie przez Zamawiającego tej oferty, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ślad za analizą oferty Energomontaż, dokonaną przez Odwołującego w konsekwencji uzyskania przez niego dostępu do dokumentacji przetargowej, okazało się bowiem, że terminy wskazane przez Wykonawcę, w ramach załączników do Umowy (stanowiącej jednocześnie załącznik do SIWZ) nie są ze sobą zgodne. Załącznik nr 3 do Umowy stanowi Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (HRF). Zgodnie z jego treścią, HRF przygotowany przez Wykonawcę w ofercie musi być zgodny z paragrafem 4 Umowy i Załącznika nr 5 do Umowy, a także musi zawierać wszystkie wymienione kluczowe Etapy Realizacji Umowy oraz uwzględnić fakt, że podpisanie Protokołów Przejęcia Przedmiotu Umowy do Eksploatacji musi nastąpić w terminie podanym przez Wykonawcę w kryterium oceny ofert nr 2.

(Dowód: - Harmonogram Rzeczowo-Finansowy)

Zamawiający jasno i wyraźnie wskazał, co wskazuje Odwołujący, że wymaga powiązania HRF z Ramowym Harmonogramem Realizacji Umowy, który to stanowi Załącznik nr 4 do Umowy. Już teraz warto wskazać, iż zgodnie z dyspozycją Zamawiającego w HRF, w kolumnie 5, musiały zostać przepisane wszystkie pozycje z Ramowego Harmonogramu Realizacji Umowy.

Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy (RHRU), stanowiący Załącznik nr 4 do Umowy, stwierdza natomiast, iż dokument przygotowany przez Wykonawcę w ofercie musi m.in.: zawierać wszystkie Etapy Realizacji i ich terminy zgodnie z HRF, uwzględnić wymagania Zamawiającego w zakresie struktury analizowanego dokumentu, w tym struktury Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Umowy (sHRU).

(Dowód: - Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy)

Odwołujący podniósł również, że w ramach przygotowania oferty, Wykonawca zobowiązany został do podpisania oświadczenia dotyczącego przyjęcia zasad sporządzania sHRU. Zgodnie z lit. A pkt. a), powyższego oświadczenia, Wykonawca potwierdza, że opracuje sHRU zgodnie z zapisami HRF, przy czym w sHRU Wykonawca uwzględni wszystkie terminy podane w HRF. W myśl lit. A pkt b), Wykonawca jest też zobowiązany do uwzględnienia w sHRU wszystkich terminów podanych w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy.

(Dowód: - wzór oświadczenia wykonawcy)

Zgodnie ze wzorem Umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, w § 1 ust. 8 „Nie później niż 30 dni przed protokolarnym przejściem od Zamawiającego Terenu Budowy, Wykonawca sporządzi i uzgodni z Zamawiającym szczegółowy Harmonogram Realizacji Umowy. W szczegółowym Harmonogramie Realizacji Umowy Wykonawca uwzględni wszystkie terminy podane w Załączniku nr 4 do Umowy (Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy). Dla uniknięcia wątpliwości, w szczegółowym Harmonogramie Realizacji Umowy nie mogą być zmieniane terminy wykonania kluczowych czynności określone w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy”.

(Dowód: - wzór umowy stanowiący Załącznik nr 3 do SIWZ)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający już na etapie postępowania w sposób ewidentny położył nacisk na brak możliwości zmiany terminów wskazanych w ofercie złożonej przez danego wykonawcę. Również na etapie „uszczegóławiania” wymaganych harmonogramów nie przywidział on możliwości modyfikacji przedmiotowych terminów. Ponadto, zgodnie z opisem przygotowanych harmonogramów odnoszą się one nie tylko do kwestii dotyczących rozliczeń finansowych pomiędzy przyszłymi stronami umowy, ale również do wyznaczenia tzw. kamieni milowych, w oparciu o wyznaczone przez Wykonawcę w przedłożonej ofercie terminów realizacji poszczególnych kluczowych etapów. Odwołujący zidentyfikował aż dziesięć przypadków, w których to terminy wskazane przez Wykonawcę Energomontaż w dokumencie HRF, różniły się od tych podanych dla analogicznych Etapów Realizacji w RHRU. Rozbieżności w terminach wskazanych przez Energomontaż w swojej ofercie wahają się od 1 do 3 dni.

(Dowód: - wykaz różnic w terminach realizacji wskazanych przez Energomontaż Zachów Wrocław sp. z o.o. w ramach dokumentów HRF i RHRU)

Odwołujący wskazał na termin podany przez Energomontaż w ramach dostawy pomp wody grzewczej. W złożonej przez ofertę wykonawca ten podał jako datę zakończenia tego etapu dzień 27 marca 2019 r., przy czym zgodnie z Załącznikiem nr 3 do Umowy w ust. 6, Zamawiający jasno stwierdził, że w HFU należy uwzględnić fakt, że termin zakończenia każdego Etapu Realizacji i sporządzenia Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji następuje najpóźniej do 26 dnia danego miesiąca. Tym samym, w zakresie analizowanego etapu Energomontaż dopuścił się przekroczenia maksymalnego terminu określonego w treści postanowień Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego.

W zakresie prac dotyczących wykonania i przekazania Zamawiającemu Projektu Podstawowego, wykonania niezbędnych prac projektowych w zakresie rurociągów zewnętrznych, wykonania niezbędnych prac projektowych w zakresie pompowni wody grzewczej oraz dotyczących rozruchu oraz startu ruchu próbnego w trybie ciepłowniczym, różnice w terminach określonych przez Energomontaż skutkują przekroczeniem czasu realizacji (w RHRU została wskazana późniejsza data niż w HRF). Zgodnie z dokumentacją Postępowania udostępnioną Odwołującemu, kwestie rozbieżności terminów wskazanych przez Energomontaż w ramach złożonej oferty, nie były przedmiotem jakichkolwiek wyjaśnień w trybie ustawy.

Odwołujący podniósł, że z orzecznictwa KIO w podobnych sytuacjach wynika, iż każdy stan faktyczny należy analizować odrębnie, badając jaka jest rola harmonogramu w świetle postanowień SIWZ, przy czym może być ona dwójako ukształtowana: (a) albo harmonogram i terminy w nim wskazane w zakresie wykonania zamówienia są wiążące dla wykonawcy i przed, jak i po zawarciu umowy nie mogą ulec zmianie, (b) albo harmonogram posiada jedynie charakter orientacyjny. Z uwagi na przytoczone wymogi określone przez Zamawiającego w treści dokumentacji przetargowej, nie budzi wątpliwości w ocenie Odwołującego, że w analizowanym przypadku mamy do czynienia z pierwszym z przedstawionych powyżej przypadków. Wynika to choćby z powołanego już powyżej faktu, że Zamawiający nie dopuścił zmiany terminów wskazanych w ramach przygotowanej oferty, nawet w wyniku uszczegółowienia określonego harmonogramu. W sposób bezsporny wskazuje to na charakter jaki Zamawiający nadał analizowanym harmonogramom w ramach postępowania. Harmonogramy przygotowane przez Energomontaż w ramach oferty złożonej w postępowaniu nie będą podlegać późniejszym zmianom ani modyfikacjom na etapie realizacji samej umowy w przedmiocie realizacji zamówienia, należy uznać je za istotne elementy oferty o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Mając na uwadze powyższe, z błędów popełnionych przez wykonawcę w ramach przygotowania powyższych harmonogramów, wywodzić należy również ewentualną niezgodność danej oferty z SIWZ, a w konsekwencji podleganie danej oferty odrzuceniu.

W podsumowaniu Odwołujący podniósł, że mając na uwadze powyższe, zaniechanie odrzucenia oferty Elektromontaż pomimo istotnych wad złożonej oferty, które nie pozwalają zakwalifikować jej jako spełniającej wymogi określone przez Zamawiającego w SIWZ, należy uznać za niezgodne z ustawą, a co za tym idzie, odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zastrzegł sobie prawo do przedstawienia dodatkowej argumentacji podczas

rozprawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 sierpnia 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy- Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto

zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 roku poz. 964 ze zmianami) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła Stron postępowania zaprezentowane w pismach: (-) w piśmie Odwołującego z dnia 16 sierpnia 2018 roku Pismo Odwołującego oraz w (-) w piśmie Zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2018 roku Odpowiedź na odwołanie.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

Izba ustaliła:

Zamawiający, w dniu 13 lipca 2018 roku, wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Energomontaż Zachód Wrocław spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Energomontaż) do złożenia wyjaśnień dotyczących:

I. Załącznika nr 3 do SWIZ „Harmonogram Rzeczowo - Finansowy” w następującym

zakresie:

1. Zgodnie z wymaganiami SWIZ załącznik nr 3 pkt 6 Zamawiający wymaga, aby Etapy Realizacji następowały najpóźniej do 26 dnia danego miesiąca. W HRF podano datę Etapu Realizacji nr 10 - dostawa pomp wody grzewczej OPS 5-8, 27-03-2019r.

II. Załącznik nr 4 do SWIZ „Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy” w następującym

zakresie:

1. Zgodnie z wymaganiami SWIZ załącznik nr 4 do Umowy Zamawiający wymagał oświadczenia dotyczącego przejęcia zasad sporządzenia sHRU zgodnie ze wzorem znajdującym się w rzeczonym załączniku.

2. Podane daty dla Etapów Realizacji nr 1+14 w załączniku nr 3 (Harmonogram Rzeczowo - Finansowy, dalej HRF) są niezgodne z datami podanymi w załączniku nr 4 (Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy, dalej RHRU).

Energomontaż w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 18 lipca 2018 roku przesłał

wyjaśnienia:

I. Załącznika nr 3 do SWIZ „Harmonogram Rzeczowo - Finansowy” w następującym

zakresie:

1. Zgodnie z wymaganiami SWIZ załącznik nr 3 pkt 6 Zamawiający wymaga, aby Etapy Realizacji następowały najpóźniej do 26 dnia danego miesiąca. W HRF podano datę Etapu Realizacji nr 10 - dostawa pomp wody grzewczej OPS 5-8, 27-03-2019r.

Wykonawca wyjaśnia, że nastąpiła oczywista omyłka pisarska. Termin

realizacji Etapu Realizacji nr 10 - dostawa pompy wody grzewczej OPS 5-8

powinien być równy 26-03-2019. Przesyłamy skorygowany harmonogram.

II. Załącznik nr 4 do SWIZ „Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy” w następującym

zakresie:

1. Zgodnie z wymaganiami SWIZ załącznik nr 4 do Umowy Zamawiający wymagał oświadczenia dotyczącego przejęcia zasad sporządzenia sHRU zgodnie ze wzorem znajdującym się w rzeczonym załączniku.

W załączeniu przesyłamy podpisany Wzór Oświadczenia Wykonawcy dotyczący przyjęcia zasad sporządzania sHRU.

2. Podane daty dla Etapów Realizacji nr 1+14 w załączniku nr 3 (Harmonogram Rzeczowo - Finansowy, dalej HRF) są niezgodne z datami podanymi w załączniku nr 4 (Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy, dalej RHRU). Wykonawca przesyła skorygowany RHRU zbieżny z HRF.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu w wyznaczonym przez siebie terminie ww. pism. Zamawiający przesłał te pisma Odwołującemu w dniu 7 sierpnia 2018 roku, po tym jak Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię Odwołania. Fakt ten nie był sporny między Stronami.

W załączniku nr 3 do Umowy Harmonogram Rzeczowo - Finansowy (dalej: HRF) Zamawiający podał:

1/ Harmonogram Rzeczowo - Finansowy przygotowany przez Wykonawcę w Ofercie musi być zgodny z zapisami paragrafu 4 Umowy i Załącznika nr 5 do Umowy, a także musi zawierać wszystkie wymienione kluczowe Etapy Realizacji Umowy oraz uwzględniać fakt, że podpisanie Protokołów Przejęcia Przedmiotu Umowy do Eksploatacji musi nastąpić w terminie podanym przez Wykonawcę w kryterium oceny ofert nr 2,

3/ Zamawiający zwraca także uwagę, że każdy Etap Realizacji podany w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowy (kluczowy Etap Realizacji wymagany przez Zamawiającego (jak niżej) musi pokazywać opis czynności wchodzących w jego zakres zgodnie z Ramowych

Harmonogramem Realizacji Umowy,

4/ Zamawiający wymaga powiązania Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego z Ramowym

Harmonogramem Realizacji Umowy (Załącznik nr 4 do Umowy). W Harmonogramie

Rzeczowo - Finansowym w kolumnie 5 muszą zostać przepisane wszystkie pozycje z

Ramowego Harmonogramu Realizacji Umowy.

6/ W Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym należy uwzględnić fakt, że termin zakończenia każdego Etapu Realizacji i sporządzenia Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji następuje najpóźniej do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca.

W załączniku nr 4 do Umowy Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy (dalej: RHRU) Zamawiający podał między innymi:

Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy przygotowany przez Wykonawcę w ofercie musi:

- S zawierać wszystkie Etapy Realizacji i ich terminy zgodnie z HRF,
- S uwzględnić wymagania Zamawiającego w zakresie struktury opisanej poniżej w tym struktury Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Umowy.

W Wzorze Oświadczenia Wykonawcy - które wykonawcy mieli obowiązek złożyć Zamawiającemu - Zamawiający wskazał, że:

A. Wykonawca opracuje sHRU zgodnie z zapisami:

- a) Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego, zamieszczonego w Załączniku nr 3 do Umowy. W sHRU Wykonawca uwzględni wszystkie terminy podane w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym;
- b) Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy. W sHRU Wykonawca uwzględni wszystkie terminy podane w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy.
- c) (■■■).

W Załączniku nr 3 do SWIZ - Umowa o roboty budowlane (wzór umowy) Zamawiający podał:

Paragraf 1 ust. 7 in fine:

Przedmiot Umowy zostanie zrealizowany na Terenie Budowy, zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo - Finansowym stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy oraz Ramowym Harmonogramem Realizacji Umowy stanowiącym załącznik nr 4 do Umowy, od dnia zawarcia umowy w terminie nie dłuższym niż.....

Paragraf 1 ust. 8:

Nie później niż 30 dni przed protokolarnym przejęciem od Zamawiającego Terenu Budowy, Wykonawca sporządzi i uzgodni z Zamawiającym szczegółowy Harmonogram Realizacji Umowy. W szczegółowym Harmonogramie Realizacji Umowy Wykonawca uwzględni wszystkie terminy podane w Załączniku nr 4 do Umowy (Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy).

Dla uniknięcia wątpliwości, w szczegółowym Harmonogramie Realizacji Umowy nie mogą być zmieniane terminy wykonania kluczowych czynności określone w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy.

Pismem z dnia 18 czerwca 2018 roku Zamawiający udzielił wyjaśnień na skierowane do niego pytania, w odpowiedzi na pytanie 11 dotyczące Załącznika nr 3 do Umowy Harmonogram Rzeczowo - Finansowy, które dotyczyło pkt 6 i pkt 10.

b) pkt 10: „Dostawa i montaż pomp, zbiornika spustów i rurociągów w pompowni wody ściekowej” Używają podobnej argumentacji jak dla wymienników prosimy o wprowadzenie dodatkowego Etapu Realizacji obejmującego wyłączenie dostawę pomp. Proponujemy rozbić Etapu 10 na dwa etapy:

- Dostawa pomp wody grzewczej OPS 5-8 - o wartości 8%,
- Demontaż i montaż pomp, zbiornika spustów i rurociągów w pompowni wody sieciowej - o wartości 4%.

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi w zakresie pkt 10:

b. Zamawiający wprowadza rozbić Etapu 10 na dwa etapy:

- Dostawa pomp wody grzewczej OPS 5-8 - o wartości 6%,
- Demontaż i montaż pomp, zbiornika spustów i rurociągów w pompowni wody sieciowej - o wartości 6%.

W związku z powyższym ponownie skorygowany został Załącznik nr 3 do Umowy (Harmonogram rzeczowo - Finansowy) w powyższym zakresie.

W zakresie zarzutu podniesionego w odwołaniu Izba zważyła: Zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w ocenie Izby jest zasadny.

Izba podkreśla na wstępie, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego.

Ustawa zobowiązuje Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. W ocenie Izby zarzut postawiony przez Odwołującego tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy obejmuje w swym zakresie także odniesienie do wezwania Zamawiającego z dnia 13 lipca 2018 roku i złożonego pisma Energomontaż.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia. Należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo wskazanie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia (w tym terminów) ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty, bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez Zamawiającego w SIWZ wymagania.

Oczywiście obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08), a odzwierciedleniem znajomości wymagań SIWZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Mogą jednakże zaistnieć sytuacje, w których złożona w postępowaniu oferta może być niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, a przyczyna tej niezgodności może być wszelaka. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, czyli nie składając określonego i wymaganego w dokumentacji postępowania oświadczenia, nie składając oświadczeń spójnych i zgodnych z wymaganiami SIWZ musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania.

Zamawiający, dokonując oceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, posiada uprawnienia wynikające z poszczególnych przepisów ustawy, ale i

obowiązki jakie nakłada na niego ustawodawca - jednakże realizacja tych prerogatyw musi mieścić się w granicy obowiązującego przepisu prawa. Właśnie takim przepisem jest art. 87 ustawy, gdzie ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo ale i nałożył na Zamawiającego obowiązek.

W myśl art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania

w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego - czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli - czyli treść oferty, czyli to, co było w niej zawarte na moment złożenia i otwarcia ofert. Zamawiający wyjaśnia zatem te elementy oferty, które są mu znane, są w ofercie zawarte. Sama instytucja wyjaśnienia treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji dotyczących treści zawartych w ofercie, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Uprawnienie Zamawiającego żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonania jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2 ustawy.

Istotnym i znamienym jest również fakt, że wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty).

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wezwał Energomontaż do złożenia wyjaśnienia w zakresie HRF i RHRU. Podkreślić natomiast należy, że zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie i znajdującym odzwierciedlenie w doktrynie stanowiskiem wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej zmieniać, rozszerzać ani ograniczać. W rozpoznawanym przypadku wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień przedstawił nowe oświadczenia w zakresie dat realizacji wskazanych w HRF i RHRU w miejsce tych zawartych w złożonej Zamawiającemu ofercie. Izba wskazuje, że złożone po terminie otwarcia ofert wyjaśnienia mogą stanowić w swej istocie zmianę oferty i w konsekwencji nową ofertę. Niewątpliwie nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust.2 ustawy stanowi kanon stosowania art. 87 ust.1 ustawy. Jak uzasadnił Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...)W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)”. Należy tu również zwrócić uwagę za Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 Slovensko a.s.), że „dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania. Ponadto z art. 2, pozostałych przepisów dyrektywy 2004/18, zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości nie wynika, aby we wskazanej sytuacji instytucja zamawiająca była zobowiązana do skontaktowania się z danym kandydatem. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązkowi dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak inni kandydaci. (...) Jednakże wskazany art. 2 nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych

aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Wskazany artykuł nie sprzeciwia się zatem również temu, by w ustawodawstwie krajowym istniał taki przepis, jaki jest przewidziany w art. 42 ust. 2 ustawy nr 25/2006, wedle którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty, nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrejonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.” (oraz orzeczenie z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie C-387/14 Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu - z pytania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej; orzeczenie z dnia 11 maja 2017 roku w sprawie C-131/16 Archus sp. z o.o. i

Gama J. L. przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A. - z pytania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej; orzeczenie z dnia 29 marca 2012 roku w sprawie C-599/10 ELV Slovensko a.s. i in. Przeciwno Urad pre verejne obstaravanie; orzeczenie z dnia 10 października 2013 roku w sprawie C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser przeciwko Manova A/S).

W ocenie Izby złożone w postępowaniu pismo z dnia 18 lipca 2018 roku przez Energomontaż; po pierwsze: w zasadzie nie stanowi jakichkolwiek wyjaśnień zaistniałych sytuacji, które wskazał Zamawiający oraz zdaniem Izby stanowi złożenie Zamawiającemu nowej oferty w postępowaniu w zakresie elementów jakich wyjaśnienia żądał Zamawiający, a mieszczących się w granicy postawionych zarzutów odwołania.

Zamawiający ustanawiając obowiązek złożenia wraz z ofertą obu harmonogramów tj. HRF i RHRU nie określił w dokumentacji postępowania hierarchicznej ważności obu dokumentów, nie wskazał, który z dokumentów „jest ważniejszy” i będzie podstawą do dokonywanej przez Zamawiającego oceny oferty czy też ich korekty. Jednocześnie Zamawiający w postanowieniach dokumentacji - co zostało wskazane w ustaleniach faktycznych Izby - wskazał na konieczność jednakowego i spójnego podawania informacji w obu harmonogramach, a także powiązał informacje w nich zawarte przez zobowiązanie do podawania w kolumnie nr 5 HRF przypisanych pozycji z RHRU. Jednocześnie Zamawiający wymagał aby RHRU zawierał wszystkie Etapy Realizacji i ich terminy zgodnie z HRF. Zatem dokumenty te w ocenie Izby nie mogą być oceniane hierarchicznie, przez przypisanie jednemu z nich (HRF) szczególnego, podstawowego znaczenia, a RHRU znaczenia pomocniczego. Taki sposób oceny tych dokumentów prezentowany przez Zamawiającego na rozprawie prowadziłby w istocie do zmiany zasad oceny oferty w świetle poczynionych w dokumentacji postępowania regulacji. Zmiana sposobu oceny ofert na etapie oceny ofert jest działaniem niepoprawnym i zasługującym na negatywną ocenę. Tak więc spójność oświadczeń składanych przez wykonawcę w ofercie, w składanych harmonogramach tj. w HRF i RHRU co do spójności dat realizacji poszczególnych etapów była niezbędna z punktu widzenia oceny oferty w świetle postanowień SWIZ jako zgodnej z treścią SWIZ. Brak zgodności dat realizacji (zakończenia) poszczególnych etapów realizacji, na jakie w załączniku do odwołania wskazał Odwołujący, a których nie kwestionował Zamawiający i Energomontaż, stanowi o niezgodności złożonej przez Energomontaż oferty z wymaganiami, z treści SWIZ. Zgodność oferty z SWIZ należy również odnosić do sposobu realizacji danego zamówienia oraz określeniu dat jej realizacji. W przedmiotowym przypadku, uwzględniając również postanowienia wzoru umowy, podanie spójne (jednakowe) terminów realizacji poszczególnych etapów realizacji stanowiło część oświadczenia woli wykonawcy, odnoszącego się do sposobu realizacji zamówienia w poszczególnych etapach realizacji, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wyartykułowanymi w SWIZ. Zaznaczenia wymaga w ocenie Izby, że złożenie oferty w ramach prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy należy do obrotu profesjonalnego. Dlatego też od podmiotów biorących udział w takich postępowaniach wymaga się dochowania zasad podwyższonej staranności. Z tych względów należyta staranność wykonawcy zgodnie z art. 355 § 1 K.c. określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Izba zaznacza również, że przesłanie przez Energomontaż w dniu 18 lipca 2018 roku zarówno HRF i RHRU zawierających nowe treści (oświadczenia), takie jakich nie było w złożonej ofercie stanowi złożenie nowej oferty po upływie terminu przewidzianego na skuteczne złożenie oferty w postępowaniu - jednocześnie stanowi niezaprzeczalne potwierdzenie, że treści zawarte w HRF i RHRU były niespójne, różne a w efekcie niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Przedstawione harmonogramy za pismem z dnia 18 lipca 2018 roku zawierają już spójne informacje co do terminów realizacji

poszczególnych etapów realizacji, co również obrazuje, że Energomontaż był w stanie przygotować takie dokumenty zgodnie z wytycznymi Zamawiającego. Przy czym dopasowano po terminie składania ofert daty realizacji poszczególnych etapów realizacji wskazane w RHRU do tych jakie podał wykonawca HRF, to również pokazuje, że wykonawca odczytał treść SWIZ w sposób prawidłowy, ale pierwotnie składając ofertę nie zastosował się do wymagań Zamawiającego jakie ten przedstawił wszystkim biorącym udział w tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcom. Izba podkreśla, że w obliczu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oba harmonogramy są równorzędne, tym samym nie można powiedzieć, że któryś z nich jest wiążący bardziej, a któryś nie na etapie oceny ofert. W tym stanie rzeczy w ofercie Energomontaż zostały złożone rozbieżne, odmienne oświadczenia co do terminów realizacji poszczególnych etapów realizacji i w świetle postanowień SWIZ nie sposób było uznać aby któreś z oświadczeń było wiążące, a któreś nie. Dlatego też, pomijając sam fakt podejmowanych czy też nie przez Zamawiającego działań/ czynności (o czym mowa będzie poniżej), niemożliwa była (byłaby) w tym zakresie skuteczna poprawa oferty Energomontaż w trybie art. 87 ust. 2 ustawy i niezasadnym było zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W odniesieniu do kwestionowanej pozycji „Dostawa pomp wody grzewczej” i podanego w ofercie terminu zakończenia etapu realizacji tj. 27 marca 2019 roku Izba stwierdziła, że w tym zakresie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy uwzględniając całą powyższą argumentację jak również to, że w tym przypadku nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że nie mamy do czynienia z etapem realizacji. W treści pisma z 18 czerwca 2018 roku w odpowiedzi na pytanie 11 sam Zamawiający jednoznacznie potwierdził i przesądził, że wprowadził „rozbicie Etapu 10 na dwa etapy”. Również treść wezwania z dnia 13 lipca 2018 roku skierowana do Energomontaż prezentuje rozumienie Zamawiającego wskazujące na to, że „Etap realizacji nr 10 - dostawa pom wody grzewczej (...)” stanowiła dla Zamawiającego odrębny etap realizacji zamówienia. Samo wezwanie Zamawiającego potwierdza, że działania Zamawiającego na tamtym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego były zgodne z tym czego wymagał sam we własnej dokumentacji postępowania. Dopiero na etapie postępowania odwoławczego Zamawiający zmienia retorykę, wskazując, że pozycja 10 stanowi jeden etap realizacji, którego częścią jest dostawa pomp wody grzewczej, jednakże to w żaden sposób nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do pozycji „Dostawa pomp wody grzewczej” pokazuje jak niespójna i w zasadzie sprzeczna ze sobą jest argumentacja Zamawiającego, który wskazywał z jednej strony na to, że HRF jest „ważniejszy” i stanowi tylko czynność w etapie realizacji 10 (tak na rozprawie) ale jednocześnie wzywał do złożenia wyjaśnień jak do etapu realizacji zaznaczając wymóg realizacji najpóźniej do 26 dnia miesiąca (pismo z dnia 13 lipca 2018 roku), czym w ocenie Izby potwierdził, że stanowi to odrębny etap realizacji.

Reasumując ten fragment Izba stwierdziła, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego „Dostawa pomp wody grzewczej” stanowiła etap realizacji, tym samym zgodnie z pkt 6 załącznika nr 3 do Umowy termin jego realizacji powinien zostać określony w HRF najpóźniej do 26 dnia danego miesiąca (jak zaznaczył sam Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień) - a Energomontaż podał w HRF w ofercie 27 marca 2019 roku.

Rozbieżność terminów dla etapu realizacji „Dostawa pomp wody grzewczej” w HRF i RHRU przesądza o niezgodności złożonej oferty z wymaganiami dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Działanie Energomontaż, który w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień przedstawił zmieniony HRF i RHRU potwierdza również, że i wykonawca ten odczytywał postanowienia SIWZ jak Zamawiający i dostosował w zmienionym HRF termin dla dostawy pomp wody grzewczej do wymagań pkt 6 załącznika nr 3 do Umowy, czyli wskazał datę 26 marca 2019 roku. Jednocześnie wykonawca ten wskazał w zmienionym RHRU, również odmienną od podanej w ofercie w RHRU (25 marca 2018 roku) datę 26 marca 2018 roku (pozycja 151 RHRU). Powyższe potwierdza, że wykonawca dopiero na etapie składania wyjaśnień dostrzegł konieczność wynikającą z treści SWIZ, a wymagającą zbieżności dat poszczególnych etapów realizacji w harmonogramach HRF i RHRU. Jednakże złożenie takiego oświadczenia po terminie składania ofert stanowi w ocenie Izby złożenie nowego oświadczenia woli, czyli nowej oferty w postępowaniu. Wskazać należy, że gdyby - jak twierdził Zamawiający - dostawa pomp wody grzewczej nie stanowiła odrębnego etapu realizacji ale jedynie element większej całości to Zamawiający nie precyzowałby takiego wezwania do złożenia wyjaśnień, a Energomontaż nie zmieniałby treści złożonej oferty.

Niezgodność w ofercie Energomontaż w zakresie oświadczenia odnoszącego się do daty realizacji etapu realizacji „Dostawa pomp wody grzewczej” w HRF i RHRU stanowi podstawę odrzucenia oferty Energomontaż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający dokonał wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Przyjmując te wyjaśnienia, które w zasadzie doprowadziły do zmiany treści złożonej oferty Energomontaż - w odniesieniu do rozbieżnych dat - Zamawiający nie wykonał żadnej czynności w odniesieniu do dokonania poprawy złożonej oferty i nie wykazał wykonania takich czynności w trakcie rozprawy. Mając na uwadze całą powyżej zawartą przez Łbę argumentację uzasadniającą podstawę odrzucenia oferty Energomontaż, Łbza pragnie zaznaczyć, że działania wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w postępowaniu nie zastępują działań Zamawiającego.

Podkreślenia wymaga, że zgonie z art. 87 ust. 2 ustawy Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Przepis ten w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazuje, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek dokonania poprawy omyłek określonych ustawą. Składane przez wykonawców wyjaśnienia stanowią dopiero asumpt do takiego działania, oczywiście po wcześniejszej analizie i zbadaniu oferty. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie przedstawił żadnego dokumentu, który wskazywałby, że dokonał jakiegokolwiek poprawy omyłki, w jaki sposób daną omyłkę zakwalifikował i jak ją poprawił. Działania Zamawiającego nie mogą w tym zakresie wynikać z jakiegoś dorozumienia czynności. Zaznaczyć należy, że charakter omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca - co wynika z orzecznictwa Łbzy, sądów powszechnych jak również orzecznictwa Trybunału. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia i ceny, terminów realizacji ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania. W przypadku oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych sama przesłanka ich oczywistości pozwala na jednoznaczną ich identyfikację i poprawę w zasadzie bez udziału wykonawcy. Zamawiający będąc natomiast obowiązany do poprawiania omyłek musi wykazać się podjęciem czynności zmierzających do poprawy omyłek chociażby przez przedstawienie dokumentu informującego wykonawcę, którego oferta została poprawiona o zaistniałym stanie rzeczy.

Łbza podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Podkreślenia wymaga, że nie stanowi uzasadnia dla postępowania Zamawiającego fakt chęci zawarcia umowy z wykonawcą z uwagi na dogodniejszy termin realizacji zamówienia, który jak sam wskazał Zamawiający stanowił kryterium oceny oferty - czyli był dopuszczony i określony maksymalnie przez Zamawiającego.

Łbza zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SWIZ, natomiast Zamawiający - jedynie w granicach prawa - winien dokonać samodzielnie poprawy zaistniałej w niej błędów, bez ingerencji wykonawcy oraz w oparciu o informacje zawarte w ofercie. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę. Naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 w sprawie wysokości

(Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący: