

**Sygn. akt: KIO 2785/12**

**Sygn. akt: KIO 2786/12**

## **WYROK**

**z dnia 18 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Sylwester Kuchnio  
Piotr Kozłowski  
Izabela Kuciak

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 7, 11 i 15 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 14 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SENER Ingenieria y Sistemas S.A. z siedzibą w Las Arenas, Hiszpania, (2) SENER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2785/12),
- B. w dniu 14 grudnia 2012 r. przez CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt: KIO 2786/12),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie,

przy udziale:

- A. INTROL S.A. z siedzibą w Katowicach zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2785/12 oraz KIO 2786/12 po stronie zamawiającego,
- B. H.Cegielski-Poznań S.A. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2785/12 oraz KIO 2786/12 po stronie zamawiającego,

- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SENER Ingenieria y Sistemas S.A. z siedzibą w Las Arenas, Hiszpania, (2) SENER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2786/12 po stronie zamawiającego,
- D. CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2785/12 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. A. oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 2785/12,  
B. uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 2786/12 i nakazuje PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie w postępowaniu na budowę bloku kogeneracyjnego wytwarzania energii elektrycznej i ciepła w oparciu o silniki spalinowe tłokowe na gaz ziemny, dokonanie powtórnej oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SENER Ingenieria y Sistemas S.A. z siedzibą w Las Arenas, Hiszpania, (2) SENER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w oparciu o okoliczności faktyczne wskazane w pkt 3.7 odwołania;
  
2. kosztami postępowania obciąża PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SENER Ingenieria y Sistemas S.A. z siedzibą w Las Arenas, Hiszpania, (2) SENER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SENER Ingenieria y Sistemas S.A. z siedzibą w Las Arenas, Hiszpania, (2) SENER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisów od odwołań,
  - 2.2. zasądza od PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie na rzecz CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Krakowie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**sygn. akt KIO 2785/12**

**KIO 2786/12**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. w Bełchatowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę bloku ko generacyjnego wytwarzania energii i ciepła w oparciu o silniki spalinowe tłokowe na gaz ziemny.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 17.08.2012 r. w Dz.U. UE pod numerem 2012/S 157-262728.

W dniu 4 grudnia 2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SENER Ingenieria y Sistemas S.A. z siedzibą w Las Arenas, Hiszpania i SENER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej „Konsorcjum Sener”) i oferty ELEKTROMONTAŻ-PÓŁNOC Bełchatów Sp. z o.o. w Rogowcu (zwana dalej „Elektromontaż”). Zamawiający poinformował, iż pozostałe oferty złożone w postępowaniu nie podlegają odrzuceniu, a składający je wykonawcy zostaną zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej.

### **Odwołanie sygn. akt 2785/12**

W dniu 14 grudnia 2012. r. Konsorcjum Sener wniosło odwołanie względem czynności odrzucenia jego oferty i zarzuciło Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie podstawowej zasady udzielenia zamówień publicznych, tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż rzetelna weryfikacja jej treści prowadzi do wniosku, że oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym wniesiono o:

- stwierdzenie bezpodstawności oraz bezprawności odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego;
- unieważnienie czynności Zamawiającego z 4 grudnia 2012 r. dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego;
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

3. Zamawiający postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił m.in. wymagania, co do zawartości oferty oraz wskazał oczekiwania, co do parametrów urządzeń oferowanych przez wykonawców, rozwiązań konstrukcyjnych oraz określił tzw. kamienie milowe, z którymi zamierza skorelować terminy płatności.

4. W złożonej przez Odwołującego ofercie, Odwołujący dołączył wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty, nadto zaoferowane przez Odwołującego urządzenia oraz rozwiązania techniczne w pełni odpowiadają wymogom Zamawiającego.

[...]”

Rzekoma niezgodność zaoferowanych silników z wymaganiami Zamawiającego.

9. Odwołujący przyznaje, że Zamawiający w załączniku nr 1.A. do dokumentu „Program Funkcjonalno - Użytkowy” zawarł opis wymogów w stosunku do systemu/systemów chłodzenia silników WT. Stosownie do tych wymogów

Zamawiający oczekiwał, że każdy silnik powinien zostać wyposażony w oddzielny kompletny obieg wody chłodzącej silnika, który będzie wyposażony m.in. w: (i) układ doprowadzający/odprowadzający wodę chłodzącą, (ii) pompy obiegowe, (iii) wymiennik/wymienniki ciepła, w którym ciepło pobrane od silnika przez obieg chłodzenia, (iv) wysokotemperaturowego będzie przekazywane do obiegu ciepłowniczego.

10. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, zawartym w piśmie z 4 grudnia 2012 r., Zamawiający stwierdził, iż „W złożonej przez Wykonawcę ofercie na str. 261, „P&ID WT i NT odbiór ciepła ze spalin” obieg wody WT składa się z 3 wspólnych pomp dla 4 układów silnikowych”. Na podstawie przytoczonego fragmentu, w świetle wymogów wskazanych w punkcie 9. niniejszego pisma, Zamawiający doszedł do wniosku, że oferta Odwołującego jest niezgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

11. Dokonane przez Zamawiającego ustalenia w żaden sposób nie znajdują potwierdzenia rzeczywistości. Otóż dołączony do oferty Odwołującego rysunek „P&ID WT i NT odbiór ciepła ze spalin” w sposób wyraźny pokazuje spełnienie wymagań Zamawiającego odnośnie układu chłodzenia, ze względu na fakt, że każdy silnik jest wyposażony w oddzielny system chłodzenia. Pompy chłodzące WT (oddzielne dla każdego silnika) są umieszczone wewnątrz Zespołu Silnikowego, zatem nie są pokazane w żadnym z rysunków P&ID. Takie pompy wody chłodzącej tłoczą wodę chłodzącą pomiędzy chłodnicami wodnymi płaszczą oraz układem płaszczą każdego silnika w czterech zamkniętych obiegach.

12. Informacja o obecności czterech pomp wody chłodzącej (po jednej dla każdego silnika) zawarta została również na stronach - 282 - 287 oferty Odwołującego w załącznikach „Routine maintenance Schedule 45.000”, „Routine maintenance Schedule 90.000”/ - „Rutynowy plan działania dla godzin pracy 0 - 45.000”, „Rutynowy plan działania dla godzin pracy 45.000 - 90.000”. w pozycjach 807 - „LT/raw water pump with driver and HT/jacket water pump with driver „(LT/pompa wody przemysłowej [surowej z napędem i HT/pompa wodna płaszczą wodnego z napędem).

Powyższy harmonogram jest przedstawiony dla każdego poszczególnego silnika; w związku z tym logicznym jest, że dla czterech oferowanych silników obecne są cztery pompy.

13. Trzy pompy pokazane na rys. P&ID "WT i NT odbiór ciepła ze spalin" mają za zadanie skoncentrować odzyskane ciepło ze wszystkich czterech układów silnikowych, oraz przekazać je do miejskiej sieci ciepłowniczej, poprzez wymienniki ciepła PGA10AC002/3. Pompy te mają wydajność 50% przepływu nominalnego pracy i są zabudowane w trybie 2 roboczych i jednej awaryjnej. Pompy te nie są częścią układu chłodzenia silników, ale są częścią układu odbioru ciepła, jak to wymagał Zamawiający w PFU. Również na Schematach bilansowych masy i energii zawartych w ofercie, pokazane są wyjaśnienia opisane powyżej.

14. Powyższe wyjaśnienia jasno dowodzą, iż Zamawiający dokonał błędnej oceny złożonej przez Odwołującego oferty. Gdyby bowiem Zamawiający dokonał rzetelnej weryfikacji złożonych przez Odwołującego dokumentów stwierdziłby, iż systemy chłodzące silników zaoferowane przez Odwołującego w pełni odpowiadają jego wymaganiom.

Zarzut rzekomego zaniechania przez Odwołującego dołączenia do oferty podstawowych rzutów i przekrojów

15. W żaden sposób nie można podzielić zarzutu Zamawiającego odnośnie do rzekomego zaniechania złożenia przez Odwołującego podstawowych rzutów i przekrojów koncepcyjnych obiektów budowlanych z elewacjami (minimum 2) oraz podstawowych rzutów i przekrojów koncepcyjnych rozmieszczenia urządzeń technologicznych wewnątrz i na zewnątrz obiektów budowlanych.

16. Odwołujący złożył widok główny P227354-SR-PM3-DR-0000-0002, który zawiera wszystkie projektowane urządzenia i instalacje. Również złożył rysunek P227354-SR-PM3-DR-0000-0003, który zawiera dwa przekroje (jak wymagano) budynku, przedstawiające wszystkie powyższe urządzenia. Dodatkowo złożył rysunek P227354-SR-PM3-DR-0000-0001 prezentujący propozycję zagospodarowania terenu jak również poglądowo ukazujący elewację budynków (wyraźnie widać iż budynki pokryte są blachą falistą). Z uwagi na fakt braku precyzyjnej definicji „rzutów i przekrojów koncepcyjnych obiektów budowlanych z elewacjami” oraz braku precyzyjnych wymogów co do ich zawartości, Odwołujący przedkładając rysunki ukazujące jednocześnie dwie informacje wymagane punktem 2 Załącznika nr 5 IDW spełnił wymagania Zamawiającego. Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę, iż w celu dołożenia należytej staranności i spełnienia wymogów

Zamawiającego Wykonawca w piśmie z 11.09.2012 r. zadał pytanie, na które uzyskał następującą odpowiedź w piśmie Zamawiającego z 14.09.2012 r.: *[treści powoływanej odpowiedzi w odwołaniu nie przytoczono – przypis Izby]*

Zarzut podniesiony odnośnie do budowy silnika Rolls Royce

17. Tytułem odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający m.in. wskazał, że w „W założonej przez Wykonawcę ofercie na stronie 268-270 znajduje się zapis "Kłapa obejściowa przy rozruchu", podczas gdy wymaganie Zamawiającego zawarte w Zał. 1A pkt. 6.3.2.1 ppkt.5 jest następujące: "Zamawiający nie przewiduje wyposażenia kotła odzysknicowego w przewód obejściowy spalin, umożliwiający bocznikowanie kotła"."

18. Odwołujący wskazuje, że kłapa obejściowa przy rozruchu jest specyfiką budowy i wymaganiem dostawcy Silników Rolls Royce, który zakłada, że w chwili uruchomienia silnika dla jego właściwej pracy nie może pojawić się przeciwciśnienie w kanałach spalinowych; stąd wymóg otwarcia klapy przez 3 minuty. Po tym czasie, kłapa jest zamykana a podczas całego procesu pracy silników i przepływu spalin nie zachodzi proces bocznikowania kotła. Taka kłapa nie może być brana pod uwagę jako bocznikująca ponieważ jest otwierana tylko i wyłącznie przy rozruchach silnika i jest elementem instalacji przedmuchowej kanałów spalin. W związku z powyższym, nie stanowi to obejścia kotła (bocznikowania), w takim znaczeniu, w jakim przedstawił to Zamawiający. W zastosowanym przez Odwołującego rozwiązaniu z silnikiem Rolls Royce's spaliny przechodzą przez wszystkie wymienniki ciepła w ciągu produkcyjnym ciepła. Rozwiązanie „by-pass” (bocznikowania) nie ma tutaj miejsca. Tym samym zarzut podniesiony przez Zamawiającego należy uznać za bezzasadny.

Zarzut rzekomo niezgodnego z postanowieniami siwz wypełnienia Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego

19. Zamawiający wskazał, iż podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest fakt, iż w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym suma wymienionych pozycji w kolumnie „Płatność” wynosi 90% (ceny - dop. Odwołujący).



20. Stanowisko Zamawiającego nie znajduje żadnego uzasadnienia w przygotowanej przez Zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślić również należy, że uzasadnienie Zamawiającego jest na tyle enigmatyczne i ogólnikowe, że Odwołujący nie ma właściwie możliwości wdania się w polemikę z Zamawiającym, a to z tego powodu, iż nie jest w stanie domyśleć się, z jakiego powodu została odrzucona jego oferta. W ocenie Odwołującego sam fakt przedstawienia w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym sum pozycji w wysokości 90% ceny nie może być podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

21. Istotę harmonogramu rzeczowo - finansowego wyłożył Sąd Okręgowy w Tarnowie. Wskazał on, że „Harmonogram rzeczowo-finansowy ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów a także czasu wykonania poszczególnych etapów. Jego znaczenie jest dla zamawiającego o tyle istotne, iż poszczególne etapy mają być rozliczane sukcesywnie, zaś zamawiający ma właśnie sukcesywnie pozyskiwać środki na poszczególne etapy. Kwestie zawarte w harmonogramie podlegają więc ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., a więc ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ.” (tak Sąd Okręgowy w Tarnowie w orzeczeniu z 25 czerwca 2009 r., sygn. akt V GA 40/09). Przywołane orzeczenie jest niezwykle istotne w kontekście postanowień Programu Funkcjonalno - Użytkowego przygotowanego przez Zamawiającego.

22. Zamawiający wskazał, że Harmonogram Rzeczowo - Finansowy przedstawia wartość Etapów Realizacji Umowy (PFU punkt 5.6.2). W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Zamawiający posługuje się charakterystyczną nomenklaturą. Otóż Harmonogram Rzeczowo - Finansowy skorelowany jest z Harmonogramem Realizacji Umowy, a wartość Etapów Realizacji Umowy jest niczym innym jak określeniem wartości kolejnego etapu (kamienia milowego) realizacji zamówienia (inwestycji).

23. Odwołujący nie zaprzecza, że suma płatności w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym jest równa 90% zaoferowanej ceny. Należy jednak wskazać, iż suma ta wynika tylko i wyłącznie z tego, że Odwołujący nie uwzględnił w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym przewidzianej przez Zamawiającego zaliczki, która zostanie wypłacona wykonawcy po doręczeniu Zamawiającemu stosownego zabezpieczenia zgodnie z postanowieniami Rozdziału III Umowy. Innymi słowy

24. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że Zamawiający uregulował zasady rozliczenia zaliczki poprzez dokonywanie sukcesywnych, proporcjonalnych potrąceń z wystawianych przez wykonawcę faktur VAT za każdy zrealizowany etap. Podkreślić jednakże należy, że czynność potrącenia ma charakter techniczny. Nawet jeżeli przyjąć, że określone procentowo wartości mają charakter bezwzględnych wartości, tj. wartości, które Zamawiający realnie będzie obowiązany do zapłaty na rzecz wykonawcy bez dokonywania jakichkolwiek potrąceń to tego typu rozliczenia Zamawiającego z wykonawcą w żaden sposób nie wpływają na realizację przedmiotu zamówienia, nie mają żadnego wpływu na sposób świadczenia czy to wykonawcy, czy Zamawiającego. Innymi słowy, mając na uwadze przywołane wywody poczynione przez Sąd Okręgowy w Tarnowie, Zamawiający na podstawie złożonego przez Odwołującego Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego w dalszym ciągu ma możliwość realnego oszacowania środków, które będzie obowiązany zabezpieczyć na realizację kolejnego etapu. Jediną konsekwencją przygotowania Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego w sposób, który przyjął Odwołujący, będzie wyłączenie postanowień przyszłej umowy w zakresie sposobu rozliczania zaliczki. Zakres świadczenia Odwołującego, cena oferty, metodologia wykonania przedmiotu zamówienia, narzędzia i urządzenia pozostaną niezmiennie. Nie ma zatem żadnych podstaw do tego, by uznać, iż treść Oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut dotyczący rzekomej niezgodności materiałowej

25. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że w złożonej przez Odwołującego ofercie na str. 200 oferty znajduje się wzmianka, że „(...) szyny zbiorcze będą składać się z aluminiowych przewodów (...)”, podczas gdy Zamawiający wymagał, by oszynowanie zostało wykonane z miedzi (tak pkt 2.2.2.27 zał. 1E do PFU).

26. Odwołujący podnosi, iż Zamawiający w toku badania i oceny złożonej przez Odwołującego oferty w ogóle pominął postanowienia tego samego załącznika, w których dopuścił możliwość wykonania szynoprzewodów w torze prądowym generatorów z miedzi lub aluminium jako jednofazowe lub trójfazowe (tak pkt 2.5.2.1 zał. 1E do PFU).

27. Odwołujący wskazuje, że przywołane punkty załącznika do Programu Funkcjonalno - Użytkowego dotyczą tego samego elementu przedmiotu zamówienia.

Skoro zatem Zamawiający w jednym miejscu dopuszcza możliwość zastosowania aluminium lub miedzi a w innym tylko miedzi to w ocenie Odwołującego, jak i ukształtowanej linii orzeczniczej KIO oraz sądów powszechnych (por. chociażby: wyrok KIO z 14 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2328/11; wyrok KIO z 21 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1460/11; wyrok KIO z 16 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2603/10) nie może on (Odwołujący) ponosić negatywnych konsekwencji będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia. [...]"

### **Odwołanie sygn. akt KIO 2786/12**

W dniu 14 grudnia 2012. r. Control Process S.A. w Krakowie (zwana dalej „Control Process”) wniosła odwołanie względem czynności Zamawiającego polegających na:

- niezgodnym z obowiązującymi przepisami badaniu i ocenie ofert złożonych w postępowaniu a w konsekwencji uznaniu, że oferty złożone przez wykonawców: Elektrobudowa S.A. z siedzibą w Katowicach (zwana dalej Elektrobudowa), Introl S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej „Introl”) oraz H.Cegielski-Poznań S.A z siedzibą w Poznaniu (dalej „Cegielski”) nie podlegają odrzuceniu;
- niezgodnym z obowiązującymi przepisami badaniu i ocenie ofert złożonych w postępowaniu a w konsekwencji uznaniu, iż oferty złożone przez wykonawców Energomontaż-Północ Bełchatów Sp. z o.o, z siedzibą w Rogowcu (dalej „Energomontaż-Północ” lub „Energomontaż”) oraz Konsorcjum Sener podlegają odrzuceniu wyłącznie z przyczyn wskazanych w zawiadomieniu z dnia 4 grudnia 2012 o ocenie ofert;
- zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców: Elektrobudowa, Introl oraz Cegielski, których oferty podlegają odrzuceniu;
- zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców Elektrobudowa oraz Introl i Cegielski
- zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców Energomontaż Północ oraz Konsorcjum Sener z powodu niezgodności ofert tych wykonawców z treścią

SIWZ innych niż wskazane w w zawiadomieniu z dnia 4 grudnia 2012 o ocenie ofert

- zaniechaniu odtajnienia części ofert wykonawców Introl i Cegielski mimo iż zastrzeżone przez tych wykonawców informację nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa
- uniemożliwieniu Odwołującemu zapoznania się z pełną treścią ofert wykonawców oraz zweryfikowania istnienia faktycznych podstaw przeprowadzenia aukcji
- zamiarze przeprowadzenia próbnej aukcji elektronicznej bez wskazania podstawy prawnej jej przeprowadzenia oraz warunków zasad przeprowadzenia aukcji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 art. 8 ust. 1 i 3, art 89 ust. 1 pkt. 2, art.91a ust 1 i 2 i art.91b ust 1 i 2, art 96 ust 3 ustawy.

W związku z powyższym wnioskuję o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców Elektrobudowa, Introl i Cegielski do udziału w aukcji,
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert,
- nakazania zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert,
- nakazanie; zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w ofertach wykonawców Introl i Cegielski
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia ofert wykonawców Elektrobudowa oraz Introl i Cegielski
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia ofert wykonawców Energomontaż oraz Konsorcjum Sener z powodu niezgodności ofert tych wykonawców z treścią SIWZ innych niż wskazane w zawiadomieniu z dnia 4 grudnia 2012 o ocenie ofert
- Na wypadek gdyby Zamawiający pomimo wniesienia przedmiotowego odwołania przeprowadził aukcja elektroniczną, z ostrożności Odwołujący wnioskuję o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności

przeprowadzenia aukcji oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

[...]

W dniu 4 grudnia 2012 Zamawiający poinformował Odwołującego, iż zakończył procedurę badania prawidłowości zastrzeżenia przez wykonawców części ofert jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał, iż w przypadku ofert wykonawców Introl i Cegielski „...wystarczająco wykazali oni, dlaczego ich zdaniem informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” dlatego Zamawiający „nie znalazł powodu do ujawnienia zastrzeżonych informacji”

Dowód kopia pisma Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2012 - zawiadomienie o zakończeniu procedury badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

W tym samym dniu tj. 4 grudnia 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o zakończeniu badania i oceny ofert. Zamawiający uznał iż oferty wykonawców Energomontaż Północ. Oraz Konsorcjum Sener podlegają odrzuceniu z uwagi na ich niezgodność z treścią SJWZ natomiast pozostali wykonawcy tj. Elektrobudowa, Intro., Cegielski oraz Odwołujący złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu i zostaną zaproszeni do aukcji elektronicznej.

Dowód: kopia pismo Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2012

W dniu 14 grudnia 2012 r. tj w dniu wniesienia odwołania Zamawiający przesłał Odwołującemu zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. Termin przeprowadzenia aukcji Zamawiający wyznaczył na dzień 20 grudnia 2012 g. 8.45. Na dzień 19 grudnia 2012 Zamawiający przewidział przeprowadzenie, aukcji próbnej nie określając jednak jej warunków, zasad ani też celu.

Dowód. zaproszenie do udziału w aukcji - pismo Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2012 r.

[...]

I. Zarzut nieprawidłowego badania i oceny ofert oraz bezpodstawnego oraz naruszającego obowiązujące przepisy zaproszenia do udziału w aukcji wykonawców, których oferty podlegają odrzuceniu

Zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 pzp jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1 zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział w ogłoszeniu przeprowadzenie aukcji elektronicznej w przypadku przewidzianym w cyt. przepisie. Jego prawidłowa wykładnia zakazuje zamawiającemu dopuszczania do udziału w aukcji wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu,

[...]

Tymczasem Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji wykonawców których oferty podlegają odrzuceniu tj. Elektrobudowa oraz Introl i Cegielski

Odwołujący posiada uzasadnione przypuszczenie., iż oferty wykonawców tj. Introl i Cegielski zawierają więcej nieprawidłowości kwalifikujących je do odrzucenia niż wskazane w piśmie Odwołującego z dnia 6 listopada 2012 r. jednak Zamawiający odmówił Odwołującemu prawa weryfikacji wspomnianego przypuszczenia poprzez rażące naruszenie zasady jawności postępowania. Takie postępowanie Zamawiającego umacnia przekonanie Odwołującego o braku należytego badania i oceny ofert. Uznanie, iż oferta wykonawcy Elektrobudowa nie podlega odrzuceniu jest błędne (co Odwołujący z całą stanowczością stwierdza po dokonaniu analizy tej oferty) i czyni jeszcze bardziej realnymi i wiarygodnymi podejrzenia Odwołującego, iż również w utajnionych częściach ofert Introl i Cegielski znajdują się błędy, które Zamawiający pominął wskutek nienależytego badania i oceny ofert. Przekonanie o wystąpieniu w niejawnych częściach ofert wykonawców Introl i Cegielski niezgodności z treścią SIWZ jak również ich zakresie Odwołujący opiera na dotychczasowym doświadczeniu związanym z przygotowywaniem ofert na tę inwestycję (przetarg został przez Zamawiającego powtórzony) zakresie zamówienia oraz wiedzy na temat dostępności na rynku określonych rozwiązań możliwych do zaoferowania w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający dokonując wadliwej oceny ofert nie tylko naraził odwołującego na wzięcie udziału w możliwie niezgodnej z prawem aukcji a w konsekwencji znacznie

ograniczył możliwość pozyskania zamówienia przez odwołującego, którego oferta do czasu przeprowadzenia aukcji pozostaje najkorzystniejsza z punktu widzenia kryteriów oceny ofert.

[...]

Tym samym mimo złożenia ważnej i najkorzystniejszej oferty przez Odwołującego zostanie on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia wskutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego

Odwołujący podnosi również, iż samo zaproszenie do udziału w aukcji oraz regulamin aukcji nie zawiera wszystkich elementów wymaganych przepisami pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 91a ust. 4 aukcja elektroniczna jest jednoetapowa. Tymczasem Zamawiający w zaproszeniu do aukcji wskazał, iż w dniu 19 grudnia przeprowadzi aukcję próbną bez wskazania sposobu jej przeprowadzania zasad oraz celu. Powyższe w ocenie Odwołującego narusza cyt. przepis.

Ponadto zgodnie z dyspozycją art. 91b ust. 2 pkt 4 w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej Zamawiający informuje wykonawców o terminie i warunkach zamknięcia aukcji. W ocenie Odwołującego zaproszenia z dnia 14 grudnia 2012 nie czyni zadość ww warunkowi.

II. Zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Elektrobudowa. Energomontaż Północ oraz Konsorcjum Sener, jak również Introl i Cegielski

1. OFERTA ZŁOŻOWA PRZEZ WYKONAWCĘ ELEKTROBUDOWA S.A. [...]

1.1.

Podana w ofercie Wykonawcy Elektrobudowa przepustowość stacji redukcyjno-pomiarowej gazu nie spełnia wymagań PFU związanego z przepustowością stacji, tj. przepustowość jest nie wystarczająca do zasilenia Bloku kogeneracyjnego oraz nie uwzględnia rezerwy dla dodatkowej jednostki wytwórczej o mocy min 10 Mwe.

Załącznik 1A do PFU str. 33 pkt 5

*„Wykonawca zrealizuje stację redukcyjno-pomiarową o przepustowości umożliwiającej zasilenie bloku i dodatkowej jednostki wytwórczej o mocy min 10 MWe”*

Podana w ofercie Wykonawcy Elektrobudowa na rysunku 14a str.158 oraz na stronie 127: Opis układu paliwowego', przepustowość stacji redukcyjno-pomiarowej wynosi 6636 Nm<sup>3</sup>/h, tymczasem wymagane zużycie gazu dla pojedynczego silnika podane w tabeli 1 (str.123 oferty Wykonawcy Elektrobudowa) wynosi 2483 Nm<sup>3</sup>/h, co dla 3- ch silników daje sumaryczne zapotrzebowanie 7449 Nm<sup>3</sup>/h, Dodatkowo należało przyjąć rezerwę na zasilenie dodatkowej jednostki wytwórczej o mocy mm. 10MWe.. Zakładając zużycie gazu dla dodatkowej jednostki na tym samym poziomie co oferowanych jednostek, które mają moc zbliżoną do 10MWe, minimalna przepustowość stacji powinna wynosić : 7449 + 2483 Nm<sup>3</sup>/h = 9932 Nm<sup>3</sup>/h

W konsekwencji zaoferowana stacja redukcyjno-pomiarowa jest za mała. nie spełnia wymogów SIWZ a oferta podlega odrzuceniu.

Podsumowując:

Przepustowości Stacji redukcyjno-pomiarowej

zgodnie z ofertą Elektrobudowy: 6636 Nm /h

Minimalna przepustowość stacji red-pom wg SIWZ to: 9932 Nm<sup>3</sup>/h

Brakująca przepustowość stacji redukcyjno-pomiarowej: 3296 Nm /h

1.2.

Opis techniczno-technologicznym Bloku w zestawieniach głównych urządzeń 1 Instalacji (str. 125 oferty Wykonawcy Elektrobudowa) moc pozorna transformatora blokowego została dobrana w sposób niezgodny z wymaganiami PFU

W wyjaśnieniu treści SIWZ z dnia 14.09.2012r. Zamawiający wskazuje, że do obliczeń należy przyjąć  $\cos\phi = 0.8$ . Zatem moc pozorna wyprowadzona do transformatora blokowego wynosi minimum:  $29\text{MW}/0.8=36.25\text{MVA}$  plus dodatkowe źródło mocy  $10\text{MW}/0.8=12.5\text{MVA}$  Razem moc pozorna wynosi 48.75 MVA Do wyliczonej w ten sposób mocy należało dodać rezerwę zgodnie z zapisem w załączniku 1A do PFU pkt. 3.1 Wymagania dla układu elektroenergetycznego, ppkt 2: *Jeżeli w warunkach szczegółowych nie podano wymagań odnoszących się do danego asortymentu zastosowane będą co najmniej 10% rezerwy każdego z elementów układu w zakresie zdolności łączeniowej obciążalności prądem roboczym i prądem zwarcia (...)*"

Uwzględniając ten zapis moc transformatora powinna wynosić co najmniej:



$48,75 \text{ MVA} + 10\% \cdot 48,75 \text{ MVA} = 53,625 \text{ MVA}$  natomiast moc transformatora jaką w swojej ofercie podał Wykonawca Elektrobudowa to 50 MVA, a więc zaoferowany transformator jest za mały i w konsekwencji przedmiot zamówienia zaoferowany przez Wykonawcę Elektrobudowa jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ - w związku z powyższym oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP.

Podsumowując:

Moc transformatora zgodnie z ofertą Elektrobudowy: 50,0 MV A

Minimalna moc transformatora zgodnie z SIWZ            53,625 MVA

Brakująca moc transformatora:                            - 3,625 MVA

### 1.3.

Zamawiający wymagał od Wykonawców załączenia do ofert Programu obsługi serwisowej Zespołu Silnikowego wg. Załącznika 1H do PFU, który to Załącznik obligował Wykonawców do zamieszczenia co najmniej elementów wymienionych w pkt. 1.7 niniejszego pisma.

W swojej ofercie Wykonawca Elektrobudowa nie uwzględnił następujących elementów Programu obsługi serwisowej Zespołu Silnikowego:

a) brak czasów odstawień (w tym czasów niezbędnych na wykonanie obsługi serwisowej) -

b) przedstawiono program obsługi serwisowej w formie niezgodnej z tabelami w załączniku 1H do PFU.

W związku z brakiem w/w elementów obsługi serwisowej, które nie podlegają uzupełnieniu, oferta Wykonawcy Elektrobudowa nie spełnia wymagań SIWZ i podlega odrzuceniu,.

### 1.4

[zarzut wycofany – przypis Izby]

1.5. W ofercie Wykonawcy Elektrobudowa (str. 148 - rysunek 4a i str. 149 - rysunek 5a }, brak jest zabudowy urządzeń dźwigowych (suwnicy) w budynku głównym - pomieszczeniu technologicznym.

Zgodnie z zapisami zawartymi w ZAŁ 1A do PFU pomieszczenia technologiczne powinny być wyposażone w urządzenia dźwigowe. Wymagania dla maszynowni i pozostałych pomieszczeń technologicznych.

ppkt.5:

*(...) Pomieszczenia technologiczne będą wyposażone w urządzenia dźwigowe.*

Zaoferowanie zabudowy pomieszczenia technologicznego bez wyposażenia go w urządzenie dźwigowe stanowi o niezgodności oferty Wykonawcy Elektrobudowa z wymaganiami SIWZ.

## 2. OFERTA ZŁOŻONA PRZEZ WYKONAWCĘ ENERGOMONTAŻ PÓŁNOC BEŁCHATÓW

### 2.1.

Zamawiający uznał wprawdzie, iż oferta wykonawcy Energomontaż Północ podlega odrzuceniu jednak nie wskazał wszystkich uchybień w treści tej oferty. W ocenie Odwołującego winna ona zostać uznana za podlegającą odrzuceniu również z uwagi na następujące uchybienia:

[...]

## 3. OFERTA ZŁAŻONA PRZEZ [Konsorcjum Sener]

### 3.1

Podana w ofercie Wykonawcy Sener przepustowość stacji redukcyjno-pomiarowej gazu nie spełnia wymogu PFU związanego z przepustowością stacji tj przepustowość jest nie wystarczająca do zasilenia Bloku kogeneracyjnego oraz nie uwzględnia rezerwy dla dodatkowej jednostki wytwórczej o mocy min. 10 MWe. (Załącznik 1A do PFU str.33 pkt.5: Wykonawca zrealizuje stację redukcyjno-pomiarową o przepustowości umożliwiającej zasilenie bloku i dodatkowej jednostki wytwórczej o mocy min. 10 MWe"

[...]

### 3.2.

Opis techniczno-technologicznym Bloku w zestawieniach głównych urządzeń i instalacji (str. 186 oferty Wykonawcy Sener), moc pozorna transformatora blokowego, została dobrana w sposób niezgodny z wymaganiami PFU.

[...]

### 3.3

W formularzu oferty (załącznik nr 5 str.12 pkt.2) Zamawiający wymagał zamieszczenia schematów technologicznych P&I {z angielskiego: schematy wzajemnej konfiguracji orurowania i aparatury} dla układów:

1. Paliwowego.
2. Odzysku ciepła 3 Wyprowadzenia ciepła z Bloku
3. Wyprowadzania ciepła z Bloku
4. Oleju smarnego
5. Redukcji tlenków węgla i tlenków azotu,
6. Wyprowadzenia mocy do rozdzielni 110kV w ECR
7. Układ próżniowego odgazowania wody i nerki ciepłowniczej.

W swojej ofercie Wykonawca Sener nie przedstawił schematu P&I dla układu wyprowadzenia ciepła z Bloku.

### 3.4.

[zarzut wycofany]

### 3.5

Podawana w tabeli Nr 1 oferty .Wykaz głównych urządzeń moc chłodnicza dla chłodni suchych powinna odpowiadać co najmniej mocy chłodniczej dla układu WT, NT i spalin pojedynczego silnika. Podane w tabelach (str. 186 oferty Wykonawcy Sener) moce chłodnicze (moc pojedynczej celki razy ilość celek) są niewystarczające do odbioru ciepła i układów WT. WT i spalin z uwzględnieniem dodatkowo 10% rezerwy co było wymogiem Zamawiającego ns podstawie SIWZ ZAŁ 1A do PFU str.38, pkt.6.5 4:

(...) moc cieplna - dobrana dla temperatury powietrza 33,0 C i pracy ciągłej Bloku z mocą nominalną i zapasem min. 10% również przy braku odbioru ciepła ze strony sieci ciepłowniczej\*.

Odnosząc powyższe wymogi do zawartości oferty Wykonawcy Sener: w tabeli Nr 1 podano wartość mocy znamionowa celki: 0.00285 MW; podana w tabeli ilość celek: 60

Podsumowując:

Moc chłodni zaoferowanej przez Sener: 0.171 MW

Minimalna moc chłodni zgodnie z SIWZ: 28,6 MW

Brakująca moc chłodni: -28,429 MW

Jak więc wynika z powyższych obliczeń, zaoferowana przez Wykonawcę Sener moc chłodni jest za mała i nie spełnia wymagań SIWZ. W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu.

### 3.6.

Zamawiający wymagał od Wykonawców zatoczenia do ofert Programu obsługi serwisowej Zespołu Silnikowego wg. Załącznika IH do FFU, który to Załącznik obligował Wykonawców do zamieszczenia co najmniej elementów wymienionych w pkt. 1.7 powyżej

W swojej ofercie Wykonawca Sener nie uwzględnił następujących elementów dotyczących Programu obsługi serwisowej Zespołu Silnikowego:

- a) brak, cen jednostkowych wyspecyfikowanych części zamiennych"
- b) wyspecyfikowano podstawowe prace serwisowe ale nie podano dla nich koniecznej liczby roboczogodzin do ich wykonania.

W związku z brakiem w/w elementów obsługi serwisowej, które nie podlegają uzupełnieniu, oferta Wykonawcy Sener nie spełnia wymagań SIWZ i podlega odrzuceniu.

### 3.7.

Podana w ofercie Wykonawcy Sener pojemność zbiornika roboczego oleju (str.193 oferty Wykonawcy Sener) nie odpowiada wymaganemu w SIWZ czasowi retencji {1 tydzień dla zbiornika roboczego oleju) odniesionemu do gwarantowanego zużycia oleju podawanego w tabeli parametrów gwarantowanej w ofercie Wykonawcy Sener. Wymagania zawarte w ZAŁ 1A do PFU, str.37 pkt 6.4 Układ oleju smarowego:

*„{...} zbiornikiem roboczym oleju smarowego zlokalizowanym wewnątrz budynku maszynowni o pojemności umożliwiającej pracę Bloku z mocą nominalną przez co najmniej 1 tydzień bez konieczności uzupełniania.*

Odnosząc powyższe informacje do zawartości oferty Wykonawcy Sener:

Zadeklarowane na stronie 317 oferty Wykonawcy w Gwarantowanych Parametrach Technicznych Grupy C Zużycie oleju smarowego wynosi 0.4 kg/MWh Gwarantowana moc elektryczna wynosi 29,816 MW Przyjmując powyższe wartości, tygodniowe zużycie oleju smarowego wynosi-0 4 kg/MWh x29,816 MW x 24h x7=2003.63 kg Gęstość oleju w 15:C zgodnie z kartą preparatu wynosi: 890 kg/ma Zgodnie z obliczeniami,

wymagana objętość zbiornika roboczego oleju smarowego, zapewniająca możliwość pracy bloku z mocą nominalną przez co najmniej 1 tydzień to:

2003,63 kg / 890 kg/m<sup>3</sup> - 2,25 m<sup>3</sup>

W swojej ofercie Wykonawca Sener zaoferował pojemność zbiornika roboczego oleju wynosząca 1m<sup>3</sup>

Powyzsza zaoferowana pojemność nie umożliwia pracy Bloku z mocą nominalna przez co najmniej 1 tydzień bez konieczności uzupełniania, co było wymogiem Zamawiającego zawartym w PFU, 3 zatem stanowi o niezgodności oferty Wykonawcy Sener z wymogami SIWZ.

Podsumowując:

Zbiornik oleju zaoferowany przez Sener: 1.0 m

Minimalna pojemność zbiornika oleju zgodnie z SIWZ: 2,25 m

Brakująca pojemność zbiornika oleju; -1,25 m

3.8.

W ofercie Wykonawcy Sener (str.255 i 256 oferty Wykonawcy Sener - rysunki i przekroje) brak jest zabudowy urządzeń dźwigowych (suwnicy) w budynku głównym - pomieszczeniu technologicznym.

Zgodnie z zapisami zawartymi w ZAŁ 1A do PFU pomieszczenia technologiczne powinny być wyposażone w urządzenia dźwigowe. Wymagania dla maszynowni i pozostałych pomieszczeń technologicznych ppkt.5:

„ {...) Pomieszczenia technologiczne będą wyposażone w urządzenia dźwigowe”-

Zaoferowanie zabudowy pomieszczenia technologicznego bez wyposażenia go w urządzenie dźwigowe stanowi o niezgodności oferty Wykonawcy Sener z wymaganiami Zamawiającego. W związku z brakiem w/w schematu będącego istotnym elementem oferty, który nie podlega uzupełnieniu, oferta Wykonawcy Sener nie spełnia wymagań SIWZ i podlega odrzuceniu,

#### 4. OFERTA ZŁOŻONA PRZEZ WYKONAWCĘ INTROL S.A.

Odwołujący posiada uzasadnione przypuszczenie iż oferta wykonawcy Introl zawiera więcej nieprawidłowości kwalifikujących ją do odrzucenia niż wskazane w piśmie Odwołującego z dnia 6 listopada 2012 r, jednak Zamawiający odmówił Odwołującemu prawa weryfikacji wspomnianego przypuszczenia poprzez rażące naruszenie zasady jawności postępowania. Takie postępowanie Zamawiającego umacnia przekonanie Odwołującego o braku należytego badania i oceny ofert. Uznanie, iż oferta wykonawcy Elektrobudowa nie podlega odrzuceniu jest błędne (co Odwołujący z całą stanowczością stwierdza po dokonaniu analizy tej oferty) i czyni jeszcze bardziej realnymi i wiarygodnymi podejrzenia Odwołującego, iż również w utajnionej części oferty Introl znajdują się błędy, które zamawiający pominął wskutek nienależytego badania i oceny ofert. Przekonanie o wystąpieniu w niejawniej części oferty wykonawcy Introl niezgodności z treścią SIWZ jak również ich zakresie Odwołujący opiera na dotychczasowym doświadczeniu związanym z przygotowywaniem ofert na tę inwestycje (przetarg został przez Zamawiającego powtórzony) zakresie zamówienia oraz wiedzy na temat dostępności na rynku określonych rozwiązań możliwych do zaoferowania w przedmiotowym postępowaniu.

##### 4.1.

W formularzu oferty (załącznik nr 5 str.12 pkt.2) Zamawiający wymagał zamieszczenia schematów technologicznych P&I (z angielskiego: schematy wzajemnej konfiguracji orurowania i aparatury) dla układów:

1. Paliwowego,
2. Odzysku ciepła
3. Wyprowadzenia ciepła z Bloku.
- 4 Oleju smarnego
5. Redukcji tlenków węgla i tlenków azotu,
6. Wyprowadzenia mocy do rozdzielni 110kV w ECR.
7. Układ próżniowego odgazowania wody i nerki ciepłowniczej.

Zdaniem Odwołującego w ofercie wykonawcy Introl brakuje następujących schematów P&I:

1. Paliwowego
- 2 Odzysku ciepła
- 3 Wyprowadzenia ciepła z Bloku
4. Oleju smarnego
- 5 Redukcji tlenków węgla i tlenków azotu
- 6 Wyprowadzenia mocy do rozdzielni 110W w ECR
7. Układ próżniowego odgazowania wody i nerki ciepłowniczej.

Brak ww schematów będących istotnymi elementami oferty, które nie podlegają uzupełnieniu, przesądza o niezgodności treści oferty Wykonawcy Introl z postanowieniami SIWZ i podlega odrzuceniu,

#### 4.2.

Podawana w tabeli Nr 1 oferty „Wykaz głównych urządzeń” moc chłodnicza dla zaproponowanej chłodni powinna odpowiadać co najmniej mocy chłodniczej dla układu WT, NT i spalin pojedynczego silnika. Podane w tabelach (pkt 4 w tabeli Nr 1, Wykaz głównych urządzeń w ofercie Wykonawcy Introl moce chłodnicze (moc pojedynczej celki razy ilość celek) są niewystarczające do odbioru ciepła z układów WT, NT i spalin z uwzględnieniem dodatkowo 10% rezerwy co było wymogiem Zamawiającego na podstawie SIWZ zał 1A do PFU str.38, pkt.6.5.4:

*...moc cieplna -dobrana dla temperatury powietrza 33ot i pracy ciągłej Bloku z mocą nominalną i zapasem min. 10% również przy braku odbioru ciepła ze strony sieci ciepłowniczej.*

Wymagana moc chłodni zgodnie z SIWZ:  $26 \text{ MW} + 10\% = 28,6 \text{ MW}$

Zaoferowana przez Wykonawcę Introl moc chłodni jest mniejsza niż 28,6 MW, co sprawia, że nie spełnia wymagań SIWZ. W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu.

#### 4.3.

Wykonawca Introl w swojej ofercie (Tabela nr 2: Opis instalacji wraz wykazem podstawowych urządzeń: pkt. 2 Układ odzysku ciepła, w ofercie Wykonawcy Introl) zaoferował by-pass (przewód obejściowy) sekcji WT kotła odzysknicowego (odbierającego ciepło ze spalin) w przypadku braku odbioru ciepła przez sieć ciepłowniczą. Taki układ nie zapewnia wymaganego przez Zamawiającego odbioru ciepła z układów chłodzenia WT NT i spalin przez chłodnie (ZAŁ 1A do PFU str.38) nie spełnia również wymagania Zamawiającego z PFU tj.

(...) Zamawiający nie przewiduje wyposażenia kotła odzysknicowego w przewód obejściowy spalin, umożliwiającą bocznikowanie kotła".

Zaoferowanie rozwiązania jak opisane powyżej (będące w sprzeczności z PFU) sprawia, iż oferta Wykonawcy Introl jest niezgodna z wymaganiami SIWZ i podlega odrzuceniu.

#### 4.4

Zamawiający wymagał od Wykonawców załączenia do ofert Programu obsługi serwisowej Zespołu Silnikowego wg Załącznika IH do PFU, który to Załącznik obligował Wykonawców do zamieszczenia co najmniej następujących elementów:

- informacje o długości okresów międzyremontowych,
- czasy odstawień (w tym czas niezbędny na wykonanie obsługi serwisowej),
- specyfikację części zamiennych niezbędnych do serwisowania Zespołu Silnikowego przy założeniu jego pracy przez 6500h/rok,
- cenę jednostkową wyspecyfikowanych części zamiennych oraz zbiorczą cenę wszystkich części,



- specyfikację podstawowych proc serwisowych z podaniem liczby roboczogodzin - podana wielkość będzie uwzględniała niezbędny nakład pracy związany z regeneracją części,
- cenę roboczogodziny brutto (z narzutami) dla proc serwisowych Zespołu Silnikowego,
- wykaz narzędzi i urządzeń specjalnych dedykowanych do diagnostyki Zespołu Silnikowego, które Wykonawca przekaże do magazynu ECR przed podpisaniem Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji.

Zdaniem Odwołującego w swojej ofercie Wykonawca Introl nie uwzględnił co najmniej jednego z ww. elementów Programu obsługi serwisowej Zespołu Silnikowego., lub zamieścił go w języku nie będącym oficjalnym językiem obowiązującym w ramach niniejszego postępowania.

W związku z brakiem w/w elementów obsługi serwisowej które nie podlegają uzupełnieniu. oferta Wykonawcy Introl nie spełnia wymagań SIWZ i podlega odrzuceniu.

#### 4.5.

Podana w ofercie Wykonawcy introl (Schemat bilansowy Energii i masy dla warunków LATO) temperatura wody sieciowej po bloku kogeneracyjnym w lecie wynosi 70:C natomiast zgodnie z wymaganiami zawartymi w PFU (tabela 1 pkt.1.6 str.22) oraz ZAŁ 1A do PFU (str. 42 pkt.7} temperatura ta powinna wynosić 66"C, zgodnie z ZAŁ 1A do FFU:

„(..) podgrzew wody sieciowej latem, gdy Blok będzie jedynym źródłem ciepła, ma zapewnić osiągnięcie parametrów wody -sieciowej w sieci ciepłownicza.) tj. Tz-66'C.

Wobec powyższej niezgodności, oferta Wykonawcy Introl nie spełnia wymagań SIWZ I podlega odrzuceniu.

#### 4.6.

Opis techniczno-technologicznym Bloku w zestawieniach głównych urządzeń i Instalacji (Zestawienie głównych urządzeń I instalacji: Tabela nr 1:,. Wykaz głównych urządzeń" w ofercie Wykonawcy Introl), moc pozorna transformatora blokowego, została dobrana w sposób niezgodny • z wymaganiami PFU.

W wyjaśnieniu treści SIWZ z dnia 14.09.2012r. Zamawiający wskazuje, że do obliczeń należy przyjąć  $\cos\phi = 0.8$ . Zatem moc pozorna wyrowadzona do transformatora blokowego wynosi minimum:  $29\text{MW}/0.8=36.25\text{MVA}$  plus dodatkowe źródło mocy  $10\text{MW}/0.8=12.5\text{MVA}$  Razem moc pozorna wynosi 48.75 MVA Do wyliczonej w ten sposób mocy należało dodać rezerwę zgodnie z zapisem w załączniku 1A do PFU pkt. 3.1 Wymagania dla układu elektroenergetycznego, ppkt 2: *Jeżeli w warunkach szczegółowych nie podano wymagań odnoszących się do danego asortymentu zastosowane będą co najmniej 10% rezerwy każdego z elementów układu w zakresie zdolności łączeniowej obciążalności prądem roboczym i prądem zwarcia (...)*"

Uwzględniając ten zapis moc transformatora powinna wynosić co najmniej:

$$48,75 \text{ MVA} + 10\% \cdot 48.75 \text{ MVA} = 53,625 \text{ MVA}$$

Zdaniem Odwołującego moc transformatora jaką w swojej ofercie podał Wykonawca Introl jest mniejsza, a więc zaoferowany transformator jest za mały w konsekwencji przedmiot zamówienia zaoferowany przez Wykonawcę Introl jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ - w związku z powyższym oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP.

#### 4.7.

W ofercie Wykonawcy Introl brak jest zabudowy urządzeń dźwigowych (suwnicy) w budynku głównym - pomieszczeniu technologicznym.

Zgodnie z zapisami zawartymi w ZAŁ 1A do PFU pomieszczenia technologiczne powinny być wyposażone w urządzenia dźwigowe. Wymagania dla maszynowni i pozostałych pomieszczeń technologicznych ppkt 5: (...) *Pomieszczenia technologiczne będą wyposażone w urządzenia dźwigowe"*

Zaoferowanie zabudowy pomieszczenia technologicznego bez wyposażenia go w urządzenie dźwigowe stanowi o niezgodności oferty Wykonawcy Introl z wymaganiami SIWZ.

#### 4.8.

*[zarzut wycofany – przypis Izby]*

## 5. OFERTA ZŁOŻONA PRZEZ WYKONAWCĘ H. CEGIELSKI POZNAŃ S.A.

Odwołujący posiada uzasadnione przypuszczenie iż oferta wykonawcy Cegielski zawiera więcej nieprawidłowości kwalifikujących ją do odrzucenia niż wskazane w piśmie Odwołującego z dnia 6 listopada 2012 r. jednak Zamawiający odmówił Odwołującemu prawa weryfikacji wspomnianego przypuszczenia poprzez rażące naruszenie zasady jawności postępowania. Takie postępowanie Zamawiającego umacnia przekonanie Odwołującego o braku należytego badania i oceny ofert. Uznanie iż oferta wykonawcy Eiektrobudowa nie podlega odrzuceniu jest błędne (co Odwołujący z całą stanowczością, stwierdza po dokonaniu analizy tej oferty} i czyni jeszcze bardziej realnymi i wiarygodnymi podejrzenia Odwołującego, iż również w utajnionej części oferty Cegielski znajdują się błędy. które Zamawiający pominął wskutek nienależytego badania i oceny ofert. Przekonanie o wystąpieniu w niejawnej części oferty wykonawcy Cegielski niezgodności z treścią SIWZ jak również ich zakresie Odwołujący opiera na dotychczasowym doświadczeniu związanym z przygotowywaniem ofert na tę inwestycję (przetarg został przez Zamawiającego powtórzony), zakresie zamówienia oraz wiedzy na temat dostępności na rynku określonych rozwiązań możliwych do zaoferowania w przedmiotowym postępowaniu.

### 5.1.

W formularzu oferty (załącznik nr 5 str.12 pkt.2) Zamawiający wymagał zamieszczenia schematów technologicznych P&I (z angielskiego: schematy wzajemnej konfiguracji orurowania i aparatury) dla układów:

1. Paliwowego,
2. Odzysku ciepła
3. Wyprowadzenia ciepła z Bloku.
- 4 Oleju smarnego
5. Redukcji tlenków węgla i tlenków azotu,
6. Wyprowadzenia mocy do rozdzielni 110kV w ECR.
7. Układ próżniowego odgazowania wody i nerki ciepłowniczej.

Zdaniem Odwołującego w ofercie wykonawcy Introl brakuje następujących schematów P&I:

1. Paliwowego

- 2 Odzysku ciepła
- 3 Wyprowadzenia ciepła z Bloku
4. Oleju smarowego
- 5 Redukcji tlenków węgla i tlenków azotu
- 6 Wyprowadzenia mocy do rozdzielni 110W w ECR
7. Układ próżniowego odgazowania wody i nerki ciepłowniczej.

Brak ww schematów będących istotnymi elementami oferty, które nie podlegają uzupełnieniu, przesądza o niezgodności treści oferty Wykonawcy Cegielski z postanowieniami SIWZ i podlega odrzuceniu,

## 5.2.

Podawana w tabeli Nr 1 oferty „Wykaz głównych urządzeń” moc chłodnicza dla zaproponowanej chłodni powinna odpowiadać co najmniej mocy chłodniczej dla układu WT, NT i spalin pojedynczego silnika. Podane w tabelach (pkt 4 w tabeli Nr 1, Wykaz głównych urządzeń w ofercie Wykonawcy Introl moce chłodnicze (moc pojedynczej celki razy ilość celek) są niewystarczające do odbioru ciepła z układów WT, NT i spalin z uwzględnieniem dodatkowo 10% rezerwy co było wymogiem Zamawiającego na podstawie SIWZ zał 1A do PFU str.38, pkt.6.5.4:

...moc cieplna -dobrana dla temperatury powietrza 33ot i pracy ciągłej Bloku z mocą nominalną i zapasem min. 10% również przy braku odbioru ciepła ze strony sieci ciepłowniczej.

Wymagana moc chłodni zgodnie z SIWZ:  $26 \text{ MW} + 10\% = 28,6 \text{ MW}$

Zaoferowana przez Wykonawcę Cegielski moc chłodni jest mniejsza niż 28,6 MW, co sprawia, że nie spełnia wymagań SIWZ. W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu.

## 5.3.

Wykonawca Cegielski w swojej ofercie (Tabela nr 2: Opis instalacji wraz wykazem podstawowych urządzeń: pkt. 2 *Układ odzysku ciepła*, w ofercie Wykonawcy Cegielski) zaoferował by-pass (przewód obejściowy) sekcji WT kotła odzysknicowego (odbierającego ciepło ze spalin) w przypadku braku odbioru ciepła przez sieć ciepłowniczą. Taki układ nie zapewnia wymaganego przez Zamawiającego odbioru

ciepła z układów chłodzenia WT, NT i spalin przez chłodnie {ZAŁ1A do PFU str. 38), nie spełnia również wymagania Zamawiającego z PFU tj.

*„{...} Zamawiający nie przewiduje wyposażenia kotła odzysknicowego w przewód obejściowy spalin, umożliwiający bocznikowanie kotła.*

Zaoferowanie rozwiązania jak opisane powyżej (będące w sprzeczności z PFU) sprawia, iż oferta Wykonawcy Cegielski jest niezgodna z wymaganiami SIWZ i podlega odrzuceniu.

#### 5.4.

Zamawiający wymagał od Wykonawców załączenia do ofert Programu obsługi serwisowej Zespołu Silnikowego wg Załącznika IH do PFU, który to Załącznik obligował Wykonawców do zamieszczenia co najmniej następujących elementów:

- informacje o długości okresów międzyremontowych,
- czasy odstawień (w tym czas niezbędny na wykonanie obsługi serwisowej),
- specyfikację części zamiennych niezbędnych do serwisowania Zespołu Silnikowego przy założeniu jego pracy przez 6500h/rok,
- cenę jednostkową wyspecyfikowanych części zamiennych oraz zbiorczą cenę wszystkich części,
- specyfikację podstawowych proc serwisowych z podaniem liczby roboczogodzin - podana wielkość będzie uwzględniała niezbędny nakład pracy związany z regeneracją części,
- cenę roboczogodziny brutto (z narzutami) dla proc serwisowych Zespołu Silnikowego,
- wykaz narzędzi i urządzeń specjalnych dedykowanych do diagnostyki Zespołu Silnikowego, które Wykonawca przekaże do magazynu ECR przed podpisaniem Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji.

Zdaniem Odwołującego w swojej ofercie Wykonawca Cegielski nie uwzględnił co najmniej jednego z ww. elementów Programu obsługi serwisowej Zespołu Silnikowego., lub zamieścił go w języku nie będącym oficjalnym językiem obowiązującym w ramach niniejszego postępowania.

W związku z brakiem w/w elementów obsługi serwisowej, które nie podlegają uzupełnieniu, oferta Wykonawcy Cegielski nie spełnia wymagań StWZ i podlega odrzuceniu.

#### 5.5.

Podana w ofercie Wykonawcy introl (Schemat bilansowy Energii i masy dla warunków LATO) temperatura wody sieciowej po bloku kogeneracyjnym w lecie wynosi 70°C natomiast zgodnie z wymaganiami zawartymi w PFU (tabela 1 pkt.1.6 str.22) oraz ZAŁ 1A do PFU (str. 42 pkt.7} temperatura ta powinna wynosić 66°C, zgodnie z ZAŁ 1A do FFU:

„(..) podgrzew wody sieciowej latem, gdy Blok będzie jedynym źródłem ciepła, ma zapewnić osiągnięcie parametrów wody -sieciowej w sieci ciepłownicza.) tj. Tz-66°C.

Wobec powyższej niezgodności, oferta Wykonawcy Cegielski nie spełnia wymagań SIWZ i podlega odrzuceniu.

#### 5.6.

Opis techniczno-technologicznym Bloku w zestawieniach głównych urządzeń i Instalacji (Zestawienie głównych urządzeń i instalacji: Tabela nr 1:.. Wykaz głównych urządzeń" w ofercie Wykonawcy Introl), moc pozorna transformatora blokowego, została dobrana w sposób niezgodny • z wymaganiami PFU.

W wyjaśnieniu treści SIWZ z dnia 14.09.2012r. Zamawiający wskazuje, że do obliczeń należy przyjąć  $\cos\phi = 0.8$ . Zatem moc pozorna wyprowadzona do transformatora blokowego wynosi minimum:  $29\text{MW}/0.8=36.25\text{MVA}$  plus dodatkowe źródło mocy  $10\text{MW}/0.8=12.5\text{MVA}$  Razem moc pozorna wynosi 48.75 MVA Do wyliczonej w ten sposób mocy należało dodać rezerwę zgodnie z zapisem w załączniku 1A do PFU pkt. 3.1 Wymagania dla układu elektroenergetycznego, ppkt 2: *Jeżeli w warunkach szczegółowych nie podano wymagań odnoszących się do danego asortymentu zastosowane będą co najmniej 10% rezerwy każdego z elementów układu w zakresie zdolności łączeniowej obciążalności prądem roboczym i prądem zwarcia (...)"*

Uwzględniając ten zapis moc transformatora powinna wynosić co najmniej:

$$48,75 \text{ MVA} + 10\% \cdot 48.75 \text{ MVA} = 53,625 \text{ MVA}$$

Moc transformatora jaką w swojej ofercie podał Wykonawca Cegielski jest mniejsza. a więc zaoferowany transformator jest za mały i w konsekwencji przedmiot zamówienia zaoferowany przez Wykonawcę Introl jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SiWZ - w związku z powyższym oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP.

#### 5.7.

W ofercie Wykonawcy Cegielski brak jest zabudowy urządzeń dźwigowych (suwnicy) w budynku głównym - pomieszczeniu technologicznym.

Zgodnie z zapisami zawartymi w ZAŁ 1A do PFU pomieszczenia technologiczne powinny być wyposażone w urządzenia dźwigowe. Wymagania dla maszynowni i pozostałych urządzeń technologicznych ppkt 5:

*(...) Pomieszczenia technologiczne będą wyposażone w urządzenia dźwigowe.*

Zaoferowanie zabudowy pomieszczenia technologicznego bez wyposażenia go w urządzenie dźwigowe stanowi o niezgodności oferty Wykonawcy Cegielski z wymaganiami SIWZ.

#### 5.8.

*[zarzut wycofany – przypis Izby]*

Powyższe informacje wskazują nieprawidłowości w ofertach złożonych przez poszczególnych Wykonawców. Analizując dokumentację związaną z przedmiotowym postępowaniem Wykonawca Control Process 5.A. dokonał oceny jedynie części jawnych ofert. Odwołujący jest jednak przekonany., że również w ofertach technicznych w części niejawnej Wykonawców Introl oraz CEGIELSKI znajdują się nieprawidłowości skutkujące koniecznością odrzucenia ofert ww wykonawców wskazane powyżej w pkt 4 i 5 .

Reasumując powyższe uznać należy, iż oferty wyżej wymienionych wykonawców winny zostać odrzucone z uwagi na ich niezgodność z art. 89 ust 1 pkt 2 pzp.

[...]

III. Zarzut zaniechania udostępnienia pełnej treści ofert wykonawców i zaniechania odtajnienia części ofert niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Art. 8 ust 1 p.z.p. nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jawność postępowania o zamówienie publiczne z jednej strony jest prawem każdego wykonawcy gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu, natomiast z drugiej jest nakazem skierowanym do zamawiających prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali wykonawcom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego. Zatem bez wątplenia zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a jej wytoczenie ma jedynie charakter wyjątku i jest możliwe tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości.

*„Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”, (wyrok z dnia 5 marca 2012, KIO 223/12 KIO 248/12)*

W ocenie Odwołującego dokumenty zastrzeżone przez wykonawców Introl i Cegielski nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt Mi CZP 74/05) zamawiający winien je odtajnić czego nie uczynił. Takie działanie zamawiającego w jaskrawy sposób narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.



Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokumenty jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. 7. Zamawiający bez wyjaśnień wykonawcy nie ma możliwości ocenić czy i jaką wartość gospodarczą dana informacja stanowi dla przedsiębiorcy, a ponadto czy przedsiębiorca podjął w stosunku do tej informacji niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

*„Zamawiający dokonując badania zasadności utajnienia części oferty winien rozważyć czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje mające co prawda charakter poufny, posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania” (wyrok z dnia 18 stycznia 2012 KIO 59/12)*

W ocenie Odwołującego Zamawiający przeprowadził procedurę weryfikacji zasadności zastrzeżenia przez wykonawców Introl i Cegielski części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób nieprawidłowy. Zamawiający dąży za wszelką cenę do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, nawet za cenę prawidłowej weryfikacji złożonych ofert przez pozostałych wykonawców. Takie zachowanie Zamawiającego nie zasługuje na ochronę. Interes Zamawiającego w uzyskaniu jak najtańszej oferty (cena jest jedynym kryterium w aukcji) nie może górować nad fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakim jest jawność.

[...]”

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący generalnie legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej określonym

w art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, do których zastosowania odnosiły się główne zarzuty odwołań, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10,

iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Znowu w ślad za ustalonym orzecznictwem można tu wskazać, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań siwz, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto tytułem wstępu, w uzupełnieniu do przedstawionego powyżej znaczenia jasnego i precyzyjnego formułowania postanowień dokumentów przetargowych, a także odnosząc się do argumentacji zamawiającego typu: *„Wiedza z zakresu techniki i technologii nie ma charakteru opisowego i wieloznacznego właściwego naukom humanistycznym. Twierdzenia na jej gruncie mają charakter prawdziwy bądź fałszywy weryfikowany empirycznie stąd w sporze skoro ma on charakter techniczny w żadnej mierze nie może być tak, że obie strony mają „częściowo” rację.. Rację ma wyłącznie Zamawiający, a oferta Odwołującego jako nieodpowiadająca swojej treści SIWZ podlega obligatoryjnemu odrzuceniu”* – Izba wskazuje, jak poniżej.

Zamawiający podkreślając swoje „racje”, mające wynikać z obiektywnej wiedzy „z zakresu techniki i technologii” i przesądzać o stwierdzenia zgodności bądź niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, myli chyba matematykę z gramatyką, a

logikę formalną z semantyką języka naturalnego, którym się posługuje w swoich dokumentach przetargowych, a swoją SIWZ zdaje się mylić ze zbiorem należycie uporządkowanych i opisanych (matematycznie) twierdzeń stanowiących teorię naukową, jakie występują na gruncie nauk empirycznych (przynajmniej tych redukujących się do fizyki). Nie wdając się w ogólne rozważania na temat metodologii nauk empirycznych (dostępne dla Izby), a także w żadną kwestię szczegółową związaną z asercją jakiegokolwiek fragmentu ofert czy twierdzeń uczestników postępowania, do którejkolwiek z aktualnie uznawanych i stosowanych teorii fizycznych, na których opierał się zamawiający przyjmując założenia swojego PFU (co prawdopodobnie przerosłoby możliwości Izby i wymagałoby odwołania się do wiadomości specjalnych, tj. powołania biegłych), stwierdzić należy, iż żaden spór w tym zakresie pomiędzy stronami nie wystąpił. Wbrew przytoczonym wyżej sugestiom zamawiającego, żadna potrzeba oceniania prawdziwości bądź fałszywości twierdzeń na gruncie wiedzy technicznej, w ramach niniejszego postępowania odwoławczego nie zaszła. Nie było po prostu między stronami sporów w tym zakresie. Wszystkie kontrowersje i spory na gruncie oceny oferty wynikły w tym przypadku na kanwie znaczenia wymagań zamawiającego, sformułowanych w SIWZ. Spory te sprowadzały się do różnego odczytywania poszczególnych wymagań SIWZ, nie w związku z różnicami w ocenie czy rozumieniu „obiektywnej wiedzy w zakresie techniki i technologii”, ale w związku z sposobem odczytywania zdań opisowych sformułowanych w języku polskim (a nie języku matematyki), przy pomocy którego zamawiający usiłował swoje wymagania względem kształtu przedmiotu zamówienia i sposobu przygotowania oferty, wyrazić. Przy czym zamawiający posługując się językiem naturalnym, czynił to na tyle nieprecyzyjnie, że spory takie rzeczywiście mogły powstać, a wykonawcy faktycznie mogli, w sposób mniej lub bardziej zasadny i uprawniony, starać się powyższe niejasności wykorzystać (czy to przygotowując ofertę własną, czy atakując inne oferty).

Następnie, wskazując na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie podnieść należy, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną

zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Przy czym w ramach formalnych podstaw wyrokowania, przytoczyć również należy regulację art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którą Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zarzutem w rozumieniu ww. przepisu nie jest np. samo generalne wskazanie na fakt, iż oferta lub jakaś jej wskazana część jest niezgodna z treścią SIWZ lub jej fragmentem, ale wskazanie i opisanie, na czym ta niezgodność polega. Niedopuszczalne jest niejako uzupełnianie zarzutu przez przedstawienie okoliczności faktycznych w ww. zakresie, stanowiących istotę i ośnowę zarzutu, dopiero na rozprawie. Zarzuty odwołania formułowane w ten sposób nie nadają się ani do rozpoznania przez Izbę ani do uwzględnienia przez zamawiającego, który oceniając odwołanie nie może domyślać się i dociekać, na czym podniesiony zarzut w rzeczywistości polega i do czego się odnosi. Jak wskazano, o istocie i treści zarzutu przesądzają okoliczności faktyczne, do których dany zarzut się odnosi (np. wskazanie na czym polega zarzucana niezgodność treści oferty, czyli co, z czym i w jaki sposób jest niezgodne z SIWZ); wskazanie, które informacje zastrzeżone w ofercie nie są czy nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa... etc.), a nie podanie przepisów, do których zarzuty referują.

Przytaczając postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) znajdujące zastosowanie do rozstrzygnięcia większości zarzutów odwołań (dotyczące wymaganej treści składanych ofert), w pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z pkt 10.9 SIWZ, oprócz formularza ofertowego, na ofertę składały się również:

- pkt 10.9.6 – Propozycje wykonawcy – Opis techniczno-technologiczny Bloku w zakresie określonym z Załączniku nr 5 do IDW (Instrukcja dla Wykonawców),
- 10.9.7 – Wykaz gwarancji – zestawienie parametrów gwarantowanych przez Wykonawcę na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do IDW.

Według Załącznika nr 5 do IDW należało przedstawić zestawienie głównych urządzeń i instalacji wraz z podaniem ich oznaczeń i parametrów (Tabela nr 1), a

także opis instalacji i wykaz podstawowych urządzeń (Tabela nr 2). Ponadto zgodnie z pkt 2 zał. nr 5 do IDW, do oferty należało załączyć m.in:

- Lay-out – rysunki schematyczne przedstawiające rzuty pomieszczeń z urządzeniami i ich usytuowaniem (wewnątrz i na zewnątrz budynków), wygląd bloku i jego wielkość,
- Schemat technologiczny P&I z zaznaczeniem koniecznych wpięć do istniejącego układu dla:
  - ✓ układu paliwowego.
  - ✓ układu odzysku ciepła
  - ✓ układu wyprowadzania ciepła z Bloku
  - ✓ układu oleju smarowego
  - ✓ układu redukcji tlenków węgla i tlenków azotu,
  - ✓ układu wyprowadzenia mocy do rozdzielni 110kV w ECR
  - ✓ układu próżniowego odgazowania wody i nerki ciepłowniczej.
- Podstawowe rzuty i przekroje koncepcyjne obiektów budowlanych z elewacjami (minimum 2) oraz podstawowe rzuty i przekroje koncepcyjne rozmieszczenia urządzeń technologicznych wewnątrz i na zewnątrz obiektów budowlanych.

Ponadto wymagano przedstawienia różnych schematów bilansowych energii i masy, a także załączenia „Programu obsługi serwisowej Zespołu Silnikowego wg Załącznika 1H do PFU”.

W odpowiedzi z dnia 14.09.2012 r. na pyt. 8 dotyczące treści SIWZ, zamawiający potwierdził, że nie wymaga przedstawienia opisów innych systemów nie wymienionych w punkcie 1, tabele 1 i 2 „Załącznik nr 5 do SIWZ – Propozycje Wykonawcy – Opis technologiczny Bloku”. Na etapie składania ofert wystarczającym jest potwierdzenie, że wszystkie instalacje zostaną wykonane zgodnie z wymaganiami SIWZ.

**Odwołanie sygn. akt KIO 2785/12**

Zarzuty zawarte w punktach 9-14 odwołania

W pkt 1.1) pisma z dnia 4 grudnia 2012 r., jako przyczynę faktyczną odrzucenia oferty Konsorcjum Sener zamawiający wskazał niezgodność oferty wykonawcy i SIWZ w następującym zakresie:

*W ofercie na str. 261 „PI&D WT i NT odbiór ciepła ze spalin” obieg wody WT składa się z 3 wspólnych pomp dla 4 układów silnikowych, podczas gdy wymaganie Zamawiającego zawarte w Zał. 1A do PFU str. 38 pkt 6.5.1 jest następujące: „Każdy silnik będzie wyposażony w oddzielny kompletny obieg wody chłodzącej silnika wyposażony m.in. w: układ doprowadzający/ odprowadzający wodę chłodzącą pompy obiegowe, wymiennik/wymienniki ciepła...”*

Wskazany przez zamawiającego i podkreślany przez odwołującego kształt rozwiązań przyjętych w ofercie nie jest pomiędzy stronami sporny. W szczególności ilość pomp obiegowych, w tym 4 pomp chłodzących płaszczce poszczególnych silników i trzech pomp wspomagających wymianę wody, wynikających z przedstawionych schematów i faktu zaoferowania określonych silników, nie budzi wątpliwości.

Sporne pomiędzy stronami jest natomiast zgodność oferty we wskazanym wyżej zakresie z wymaganiami SIWZ sprowadzająca się do sporu o znaczenie pkt 6.5.1 Zał. nr 1A do PFU „System/Systemy chłodzenia silników WT”, gdzie zamawiający wymagał:

„Każdy silnik będzie wyposażony w oddzielny kompletny obieg wody chłodzącej silnika wyposażony m.in. w:

- układ doprowadzający/odprowadzający wodę chłodzącą,
- pompy obiegowe,
- wymiennik/wymienniki ciepła, w którym ciepło pobrane od silnika przez obieg chłodzenia, wysokotemperaturowego będzie przekazywane do obiegu ciepłowniczego

Strony inaczej rozumieją rodzaj i znaczenie wskazanych pomp obiegowych, tzn. jakie pompy obiegowe są w tym przypadku wymagane. Według zamawiającego mają to być tylko i wyłącznie, oddzielne pompy obiegowe dla całych, kompletnych układów chłodzących, a według odwołującego ww. wymóg spełniają również pompy obiegowe w układzie chłodzenia silnika, np. pompy chłodzenia płaszczka silnika.

Przy zastanym sposobie opisu silników/układów chłodzenia, wobec przemieszania punktów (tiret), które odnosić się mogą zarówno do samego silnika, jak i do całego układu, bez stosowania pogłębionych zabiegów interpretacyjnych, co do wymagań odnośnie rodzaju pomp obiegowych wody, nie sposób ustalić rzeczywistego znaczenia SIWZ w tym zakresie. Tym samym, uwzględniając postulat braku negatywnych konsekwencji dla wykonawców związanych z niejasnościami postanowień SIWZ, należało stwierdzić zgodność zaoferowanych rozwiązań (oddzielnych pomp obiegowych w płaszczach silników) ze wskazanymi wymaganiami zamawiającego. Zamawiający wymagał oddzielnych pomp obiegowych odnośnie każdego z silników, i takie pompy w ofercie Konsorcjum Sener zostały uwzględnione. W związku z powyższym zarzut odwołania uznano za zasadny.

Zarzuty opisane w pkt 15-16 odwołania

Podstawa faktyczna odrzucenia oferty, tj. wskazana w pkt 1.2) pisma zamawiającego niezgodność oferty Konsorcjum Sener z SIWZ = według oświadczenia zamawiającego złożonego na rozprawie – ogranicza się jedynie do wyknięcia braku w ofercie, rysunku uwidaczniającego elewację budynku.

Przytoczone wyżej wymaganie przedłożenia wraz z ofertą podstawowych rzutów i przekrojów koncepcyjnych obiektów budowlanych z elewacjami (minimum 2) oraz podstawowe rzuty i przekroje koncepcyjne rozmieszczenia urządzeń technologicznych wewnątrz i na zewnątrz obiektów budowlanych, nie spełnia postulatu jasności i precyzji wymagań zamawiającego, co do zawartości treści oferty. Podobnie jak w przypadku wymagań odnośnie chłodzenia silników, zamawiający w organizacji swojej pisemnej wypowiedzi przyjął taką strukturę i systematykę rzeczową tekstu, które przy zastosowaniu najprostszych reguł gramatyki i semantyki, uniemożliwiają ich zrozumienia bez jakiejś pogłębionej wykładni. Nie jest np. dla Izby jasne w jaki sposób wykonawcy mieliby np. przedstawić przekrój obiektu budowlanego z uwidocznioną elewacją (a przy takiej strukturze zdania, literalnie również takie wymaganie zamawiającego należałoby zeń wywieść). Nie jest również jasne czy zamawiający wymagał dwóch rzutów i dwóch przekrojów, czy może w sumie dwóch rzutów i przekrojów, a może podstawowych rzutów i przekrojów minimum dwóch obiektów budowlanych. Przy czym zamawiający nie określił szczegółowych wymagań, co do sposobu i zakresu zaprezentowania koncepcyjnego



wyglądu elewacji. Tymczasem fragment elewacji został przedstawiony na rysunku zawartym na stronie 256 oferty Konsorcjum Sener. Powyższe, w zestawieniu z innymi informacjami wynikający z innych rysunków zamieszczonych na stronach od 254 do 256 oferty, daje zamawiającemu wystarczający, „konceptyjny” ogląd proponowanych budynków i instalacji (w szczególności, co do ich rozplanowania, rozmieszczenia i wyglądu) i jako taki spełnia wymagania wymagające z cytowanego wyżej zdania Załącznika nr 5 do IDW.

W związku z powyższym zarzut odwołania uznano za zasadny.

Zarzuty odwołania wyrażone w pkt 17-18

Nie jest pomiędzy stronami sporne, iż w schemacie technologicznym zawartym na str. 268 oferty Konsorcjum Sener, przy zastosowanym silniku, wskazano, że będzie on wyposażony w „klapę obejściową przy rozruchu”. Sporne pomiędzy stronami jest stwierdzenie czy ww. klapa stanowi bocznikowanie kotła, którego zakaz stosowania ma wynikać m.in. z przywołanego przez zamawiającego pkt 6.3.2.1 (Wymagania dla układu wyprowadzania spalin) Załącznika Nr 1A do PFU, szczególnie podpunktu 5 gdzie wskazano, że nie jest przewidywane wyposażenie kotła odzysknicowego w przewód obejściowy spalin, umożliwiający bocznikowanie kotła.

Ponadto dla ustalenia wymagań w tym zakresie należy wskazać na odpowiedź z dnia 06.09.2012 r. na pyt. 11 dotyczące treści SIWZ, gdzie zamawiający wskazał, że *nie przewiduje wyposażenia kotła odzysknicowego w przewód obejściowy spalin, umożliwiający bocznikowanie kotła (tzw. by-passu). Cała ilość ciepła niewykorzystanego przez układ ciepłowniczy ma być przejęta przez chłodnie. Zapisy „obejścia” na str. 42 Zał. 1A dotyczą armatur.*

Wskazać również należy na postanowienia pkt 6.3.2.1 Zał. Nr 1A do PFU ppkt 1 in fine, gdzie wskazano, iż *„Układ wydechowy będzie mieć zagwarantowaną całkowitą szczelność”*.

Jak wynika z powyższego, intencją zamawiającego, należy wyrażoną w SIWZ i wynikającą z całokształtu jej uregulować (w tym również wyjaśnić dot. SIWZ) było wymaganie przekazanie całości produkowanych spalin do kotła odzysknicowego, bez jakiegokolwiek bocznikowania kotła. Przy przyjmowanym przez strony rozumieniu bocznikowania kotła jako ominięcia kotła, czyli nieprzekazywania całości ciepła ze spalin na kocioł i chłodnie (nie tylko za pomocą „przewodu obejściowego

spalin”) – co wynika m.in. z odpowiedzi z dnia 06.09.2012 r. i wymagania szczelności instalacji wydechowej – również zastosowanie klapy rozruchowej prowadzącej do wyrzucenia gorących spalin do atmosfery w wstępnej fazie pracy silnika, winno zostać uznane jako niedopuszczalne w świetle ww. powołanych wymagań zamawiającego. Nieuprawnione pozostaje w tym przypadku postulowane przez odwołującego rozróżnienie bocznikowania kotła w normalnej fazie pracy układu, a wyrzucanie spalin w fazie rozruchu i brak wykorzystywania klapy obejściowej w dalszych fazach pracy silnika. SIWZ takich rozróżnień nie czyni, a więc wymogi szczelności instalacji, wykorzystywania całości ciepła i zakazu bocznikowania odnoszą się do każdej fazy pracy układu.

Ponadto Izba uwzględniła w charakterze dowodu wyciąg z instrukcji obsługi (wraz z tłumaczeniem) silnika Rolls-Royce zaoferowanego przez odwołującego (dowód przedłożony przez przystępującego Control Process S.A.), z którego wynika, iż producent przewiduje uruchomienie silnika zawsze przez *by-pass*. Tym samym rzeczona klapa obejściowa wyprowadzająca spaliny w fazie rozruchu silnika służy w rzeczywistości bocznikowaniu kotła.

W związku z powyższym potwierdzono niezgodność oferty z SIWZ wyżej opisanym zakresie, zarzuty odwołania uznano za niezasadne, a odwołanie oddalono.

Zarzuty opisane w pkt 19-24 odwołania.

W piśmie dnia 4 grudnia 2012 r. zawierającym informację o podstawach faktycznych odrzucenia oferty Konsorcjum Sener, zamawiający nie wskazał na żadne niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego – co stanowiłoby wypełnienie dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp i mogłoby stanowić przedmiot zarzutów odwołania.

Zamawiający wskazał jedynie, że suma kwot w pozycji „Płatność” ww. Harmonogramu stanowi 90%. Nie opisał natomiast na czym rzeczona niezgodność miałyby polegać, a przede wszystkim dlaczego tego typu wielkość jako niezgodność kwalifikuje. Nie podał przy tym ile, według niego lub raczej według SIWZ, wielkość ta wynosić powinna (80%,100%,...etc.?), albo przynajmniej, z którymi postanowieniami SIWZ, z których prawidłowa wielkość mogłaby sama przez się wynikać, oferta jest niezgodna.

W związku z powyższym zarzuty w tym zakresie uznano za bezprzedmiotowe jako odnoszące się do czynności, na takiej podstawie i w tym zakresie, faktycznie przez zamawiającego nie podjętej. W przypadku potwierdzenia się wszystkich pozostałych zarzutów odwołania Izba uwzględniłaby odwołanie w związku z popełnionym naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp i nakazałaby zamawiającemu powtórzenie czynności z podaniem akuratanego uzasadnienia faktycznego, w celu umożliwienia wykonawcy postawienia zarzutów względem wskazanych przez zamawiającego faktycznych podstaw odrzucenia jego oferty. Wykonawcy składając odwołanie nie mogą domyślać się na czym według zamawiającego polega niezgodność ich oferty z SIWZ, a powyższego dowiadywać się dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Zarzuty opisane w pkt 25-27 odwołania.

Na str. 200 oferty Konsorcjum Sener przy opisie Systemu Generującego, w rozdziale „Szyny zbiorcze” wskazano, iż szyny zbiorcze transportujące moc z rozdzielnicy średniego napięcia będą aluminiowe.

W pkt 2.2.2.27 Załącznika Nr 1E do PFU zamawiający, przy wymaganiach ogólnokonstrukcyjnych dla rozdzielnic średnionapięciowych, wskazał, że „Oszynowanie będzie wykonane z miedzi”

Natomiast w pkt 2.5.2.1 Zał. 1E do PFU opisując szynoprzewody wskazano, iż „Szynoprzewody w torze prądowym generatorów będą wykonane z miedzi lub aluminium jako jednofazowe lub trójfazowe. W przypadku braku możliwości podłączenia szynoprzewodów do generatora, dopuszcza się zastosowanie kabli na odcinku z generatora do rozdzielnicy SN”.

Jak wynika z analizy ww. postanowień SIWZ, szczególnie biorąc pod uwagę jej systematykę, wymagania pkt 2.2.2.27 należy odnieść do oszynowania wewnętrznego rozdzielnicy SN, a nie szynoprzewodów transportujących moc z rozdzielnicy. Tym samym brak sprzeczności pomiędzy rozwiązaniem opisanym w ofercie, a wymaganym w SIWZ. Ponadto w związku z lakonicznością opisu rozwiązań zawartych w ofercie, które wprost nie odnosiły się do pojęć czy systematyki ich opisu przyjętych przez zamawiającego, możliwe było wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie.

W związku z powyższym zarzut odwołania uznano za zasadny.

## **Odwołanie o sygn. akt KIO 2786/12**

Zarzut zawarty w pkt I. odwołania.

Zarzut jest niezasadny. Zamawiający formułując zaproszenie do udziału w aukcji nie naruszył żadnego z obowiązujących przepisów. W szczególności zaproszenie do aukcji próbnej nie podlega regulacji ustawy, a przy tym nie stoi w sprzeczności z żadną z klauzul generalnych w ustawie zawartych. Zamawiający nie działa w tym przypadku jako organ administracji publicznej i nie potrzebuje podstawy prawnej do jakichkolwiek swoich działań, w szczególności utrzymywania kontaktów z wykonawcami czy innymi podmiotami działającymi na rynku. Może więc do jakichkolwiek aukcji próbnych zapraszać kogokolwiek, byle tylko postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadził i zamówienie udzielił zgodnie z przepisami ustawy i z poszanowaniem zasad z ustawy wynikających.

Ponadto jak stwierdzono poniżej, zamawiający do udziału w aukcji zaprosił wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu w związku z zarzutami sformułowanymi w przedmiotowym odwołaniu.

Zarzuty z pkt II. 1 odwołania dotyczące oferty Elektrobudowy.

Zarzut II. 1.1.

Odwołujący w sposób niezgodny z rzeczywistością przywołuje wymagania SIWZ odnośnie przepustowości stacji redukcyjno-pomiarowej. Przede wszystkim jednak, postanowienia SIWZ w tym zakresie, interpretuje również nieprawidłowo.

Zgodnie z pkt 5 Zał. Nr 1A do PFU (str. 33) „Układ paliwowy”:

*„Wykonawca zrealizuje nowe instalacje w tym m.in.:*

- *rurociąg gazowy zasilający stację redukcyjno-pomiarową Bloku ze stacji redukcyjno-pomiarowej PGNiG, o przepustowości umożliwiającej zasilanie Bloku i dodatkowej jednostki wytwórczej o mocy min. 10MWe (szacowana na podstawie istniejącego rurociągu zasilającego blok gazowo-parowy, długość nowego rurociągu gazowego wynosić będzie ok 1120 m).*
- *stację redukcyjno-pomiarową Bloku.*

- [...]”

Nie jest wykluczone, iż również w tym przypadku, zamawiający nazbyt swobodnie – jak na tekst ścisły i normatywny, do którego jego SIWZ pretenduje – posłużył się szykiem przestawnym przydawek i dopełnień, co mogło prowadzić do wątpliwości na temat ustalenia do czego dane dookreślenia w rzeczywistości się odnoszą. Prawdopodobnie, gdyby wymagania zawarte w pkt 5, tiret pierwszym, na str. 33 Zał. 1A do SIWZ, podano w następującym układzie: *rurociąg gazowy o przepustowości umożliwiającej zasilanie Bloku i dodatkowej jednostki wytwórczej o mocy min. 10MWe, zasilający stację redukcyjno-pomiarową Bloku ze stacji redukcyjno-pomiarowej PGNiG (...) - odwołującemu zabrakłoby w takim przypadku jakichkolwiek podstaw do kwerulanckiego mnożenia wad w ofertach konkurentów. Natomiast przy zastanej redakcji tekstu PFU, odwołujący powołując się na szyk złożonego zdania, mógł wywodzić i podnosić, że powyższy wymóg określonej przepustowości i jej dodatkowej rezerwy, odnosi się również (bądź tylko) do stacji redukcyjno-pomiarowej, a nie tylko do przepustowości rurociągu.*

Prezentowana przez odwołującego „gramatyczna” wykładnia ww. fragmentu PFU, stanowiącego podstawę jego zarzutu, nie daje się utrzymać w świetle samych reguł gramatyki – przy ich dosłownym zastosowaniu wymóg zasilania dodatkowej jednostki wytwórczej należałoby odnieść również do stacji PGNiG, co sprowadzałoby taką wykładnię do absurdu. Przesądzająca jest jednak w tym przypadku struktura i systematyka całego pkt 5 Zał. nr 1A do PFU – tiret 1 odnosi się do li tylko do rurociągu, do stacji redukcyjno-pomiarowej odnosi się tiret 2, gdzie żadnych wymagań co do przepustowości stacji nie zawarto.

Tym samym wszelkie wyliczenia odwołującego porównujące przepustowość stacji przyjętą w ofercie i przepustowość wymaganą w SIWZ, są chybione.

W związku z powyższym zarzut uznano za niezasadny.

#### Zarzut II. 1.2.

Odwołujący przeszacowuje wymaganą w SIWZ moc transformatora o 10% rezerwę, mającą wynikać z postanowień Załącznika 1A do PFU pkt. 3.1, ppkt 2, który zgodnie z rzeczywistością (we fragmencie) przytoczono w treści odwołania, co zostało zreferowane powyżej.

W pierwszej kolejności należy wskazać na trudności w ustaleniu, jakiego asortymentu rzeczywiście dotyczą (w szczególności jakich rezerw wymagają) poszczególne postanowienia PFU zawarte w pkt 3.1 Zał. nr 1A, referujące do „Wysokiego stopnia niezawodności”, „Pewności zasilania”, „Łatwości wprowadzania uzupełnień i modyfikacji”...etc., a także na związany z powyższym postulat nieobarczania wykonawców negatywnymi konsekwencjami niejasnego i nieprecyzyjnego formułowania postanowień SIWZ. Następnie należy wskazać, iż według zamawiającego, szczególne wymagania względem rezerwy transformatora (czyli podane w warunkach szczególnych dotyczących danego asortymentu) zostały zawarte w pkt 3.2. ppkt 4 Zał. nr 1A do PFU, z którego wynika, że zaprojektowany układ wyprowadzania mocy (w tym transformator) ma umożliwiać dołączenie w przyszłości, bez żadnych przeróbek, dodatkowego zespołu silnikowego o mocy min. 10MWe.

Izba nie widzi podstaw i możliwości, aby w tym przypadku kwestionować wykładnię autentyczną postanowień SIWZ dokonywaną przez zamawiającego. Wskazaną konieczność uwzględnienia przy doborze transformatora dodatkowego źródła mocy, można zakwalifikować jako podanie *w warunkach szczególnych wymagań odnoszących się do danego asortymentu*, w tym przypadku dotyczących zakładanej rezerwy mocy. Zatem wymagana moc pozorna transformatora, wynosi w tym przypadku 48.75 MVA, a nie 53.625 MVA.

Ponadto przy ocenie rzeczywistej, wymaganej mocy transformatora dobranego dla potrzeb (mocy) danego Bloku, wziąć można pod uwagę podnoszony przez przystępującego INTROL, fakt, iż układ wyprowadzania mocy, nigdy nie będzie wyprowadzał prądu odpowiadającego mocy nominalnej bloku. Prąd przekazywany zawsze pomniejszony będzie o prąd pobierany uprzednio na potrzeby własne Bloku. Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, iż transformator o mocy 50 MVA spełnia wymagania SIWZ, a zarzut odwołania uznała za niezasadny.

#### Zarzut II. 1.3

Zgodnie z przytoczonymi wyżej postanowieniami Zał. nr 5 do IDW zamawiający wymagał przedstawienia wraz z ofertą „Programu obsługi serwisowej Zespołu Silnikowego” przygotowanego według Załącznika 1H do PFU.

Wyżej wskazane wymaganie zostało sformułowane w sposób bezwzględnie obowiązujący, bez żadnej jego relatywizacji. Tym samym wykonawcy zobowiązani byli przygotowując swoją ofertę do wypełniania wymagań zamawiającego również w tym zakresie.

Odrębnym, bardziej złożonym zagadnieniem pozostaje status i znaczenie zobowiązaniowe ww. dokumentu, a przynajmniej niektórych jego postanowień i informacji w nim zawartych.

Zgodnie z Zał. 1H do PFU, a także według postanowień Wzoru umowy, wykonawca zobowiązany będzie wykonywać serwis zespołu w okresie gwarancji, natomiast po jej upływie wszelkie czynności serwisowe realizowane będą w ramach odrębnej umowy zawartej z uwzględnieniem przepisów PZP.

Niezależnie od powyższego, według Zał. 1H do PFU (rozdz. 1) wykonawca zadeklarować miał dostępność usług serwisowych przez 20-letni okres eksploatacji Zespołu Silnikowego.

Natomiast przedstawiony wraz z ofertą Program obsługi serwisowej Zespołu Silnikowego zawierać miał opis czynności serwisowych i remontowych oraz wykaz niezbędnych części zamiennych w rozbiciu na kolejne lata eksploatacji, obejmujący co najmniej:

- informacje o długości okresów międzyremontowych,
- czasy odstawień (w tym czas niezbędny na wykonanie obsługi serwisowej),
- specyfikację części zamiennych niezbędnych do serwisowania Zespołu Silnikowego przy założeniu jego pracy przez 6500h/rok,
- cenę jednostkową wyspecyfikowanych części zamiennych oraz zbiorczą cenę wszystkich części,
- specyfikację podstawowych proc serwisowych z podaniem liczby roboczogodzin - podana wielkość będzie uwzględniała niezbędny nakład pracy związany z regeneracją części,
- cenę roboczogodziny brutto (z narzutami) dla proc serwisowych Zespołu Silnikowego,
- wykaz narzędzi i urządzeń specjalnych dedykowanych do diagnostyki Zespołu Silnikowego, które Wykonawca przekaże do magazynu ECR przed podpisaniem Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji.

Ponadto wymagano: „Ceny stałe w poziomie cen na dzień złożenia oferty”.

Rozdział 2 Załącznika 1H określał wymagania co do dostawy części i materiałów eksploatacyjnych w okresie gwarancji.

W rozdziale 3 „Forma Programu obsługi serwisowej” w tabelach 3.1 i 3.2 wskazano sposób podania części zamiennych i prac serwisowych w rozbiciu na okresy gwarancyjne i pogwarancyjne.

Realizacja Programu obsługi serwisowej przez wykonawcę w okresie gwarancyjnym sankcjonowana była m.in. przez postanowienia pkt 12.8 Wzoru umowy, gdzie przewidziano możliwość zlecenia przeprowadzenia planowanych przeglądów i inspekcji wszystkich urządzeń Bloku innej firmie.

Tym samym zamawiający w jednym dokumencie spodziewał się uzyskania informacji na temat programu serwisowania zarówno w okresie gwarancyjnym, jak i pogwarancyjnym. Pomimo niektórych postanowień Załącznika 1H sugerujących powstanie zobowiązań wykonawcy w przedmiocie 20-letniej dostępności usług serwisowych czy stałego poziomu cen, które pozostają w jawnej sprzeczności z planowanym udzielaniem odrębnych zamówień w tym zakresie, przyjęć należy, iż w okresie pogwarancyjnym Program obsługi serwisowej, ma dla zamawiającego jedynie informacyjne i pomocnicze, tj. może służyć jako materiał wyjściowy dla przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie na potrzeby przyszłych umów serwisowych.

Natomiast w świetle zastanych postanowień SIWZ brak również jasności co do zobowiązaniowego charakteru całości ww. dokumentu w odniesieniu do okresu gwarancyjnego – podstawowy Okres Gwarancji na kompletny Blok określono w pkt 12.2.1 Wzoru umowy i wynosił on 24 miesiące od daty przejęcia Bloku.

Wbrew stanowisku odwołującego powyższe nie wynika wcale z pkt 6.1 i 6.2 Wzoru umowy – wykonawca zobowiązany będzie dostarczać jedynie części zamienne i materiały eksploatacyjne zgodnie z PFU w ramach ceny umownej, jak można przyjąć, jedynie w okresie gwarancji (pkt 6.1.). Natomiast w okresie 20 lat od przekazania Bloku do eksploatacji powyższe realizowane będzie na podstawie odrębnych umów (pkt 6.2.). Takie znaczenie postanowień Programu obsługi serwisowej nie wynika również ze Wzoru umowy, art. XII „Gwarancje Wykonawcy”, pkt 12.1.11 – powoływany przez odwołującego – gdzie mowa jest o prowadzeniu koniecznej obsługi technicznej w okresie gwarancji tak aby dotrzymać parametrów



określonych w PFU i Zał. 10 do Umowy (a nie według Programu obsługi serwisowej). Przy czym, jak wskazano w pkt 12.1.11 in fine: „Jakiegokolwiek prace wymagające odłączenia Bloku mogą się odbywać wyłączenie w czasie uzgodnionym z Zamawiającym”. Tym samym należy przyjąć, iż podawane w Programie obsługi serwisowej, czasy odstawień będą podlegały ustaleniu stron i nie mają wiążącego charakteru.

Jednakże powyższemu przeczą i wprowadzają komplikację, co do oceny charakteru Programu obsługi serwisowej, postanowienia pkt. 12.2.2. Wzoru umowy, gdzie wprowadzono wydłużony okres (20-letni) „gwarantowania” przez wykonawcę, iż podstawowe elementy Bloku nie ulegną korozji i erozji, pod warunkiem prowadzenia obsługi serwisowej zgodnie z Instrukcjami eksploatacji i Programem obsługi serwisowej stanowiącej załącznik do Oferty Wykonawcy. Ponadto według pkt 16.3 Wzoru umowy, zasady wykonywania planowanych przeglądów i inspekcji, o których mowa w 12.1.11 w Okresie Gwarancji określa PFU oraz Oferta Wykonawcy.

Na podstawie powyższych postanowień, *summa summarum* nie wiadomo, kto i w jakim okresie, ma stosować się do postanowień Programu obsługi serwisowej.

Jakkolwiek, nawet jeśli wykonawca nie jest zobowiązany ściśle do postępowania zgodnie z postanowieniami ww. programu, to jednak stanowi on podstawowy wzór odniesienia dla zamawiającego, dla oceny wykonywanych czynności serwisowych. Przy czym podstawowe i wiążące pozostają tu postanowienia umowne w przedmiocie zapewnienia serwisu gwarancyjnego, natomiast program obsługi serwisowej przedstawiony w ofercie nie może być traktowany jako bezwzględnie obowiązujący. Np. w przypadku gdyby program załączony do oferty był nieprawidłowy względem zaoferowanych urządzeń (a w SIWZ brak normatywnych podstaw do sprawdzenia powyższego – za gwarancję odpowiada wykonawca), tj. niedostosowany do rzeczywistych potrzeb eksploatacyjno-serwisowych, jego egzekwowanie dla utrzymania gwarancji byłoby nieracjonalne i niezasadne.

Dla oceny programu obsługi serwisowej załączanego do ofert wykonawców, w szczególności na gruncie nagromadzenia tego typu niejasnych postanowień SIWZ, tak jak postuluje zamawiający, najwłaściwsze będzie „oderwanie się od formalizmu postępowania” i nie przypisywanie drobnym błędom i nieścisłościom w jego przygotowaniu względem wymagań SIWZ, statusu niezgodności treści oferty z SIWZ przesądzającej o konieczności jej odrzucenia. Przyjąć więc można, iż również w

zakresie wykonywania serwisu gwarancyjnego informacje podawane w ww. programie mają charakter orientacyjny.

Ponadto w ofercie Elektrobudowy informacje na temat czasów odstawień się znalazły – na str. 200 tej oferty zawarto „Wykaz prac i czasu serwisowania”, gdzie podano jednostkowe czasy pracowników wykonujących serwis, a także wskazano przypisane im czynności serwisowe, a przede wszystkim podano łączny czas serwisu. W takim wypadku przyjęć należy, iż czasy odstawień są równe czasowi wykonywania czynności serwisowych (w których uwzględniono również rozruchy wyłączanych urządzeń). Tym samym na podstawie powyższych informacji czasy odstawień można wyliczyć, a w razie potrzeby powyższe wyjaśnić i dookreślić, nawet w trakcie eksploatacji bloku.

Odnosnie zarzutu przygotowania programu obsługi serwisowej niezgodnie z jego formą przewidzianą w SIWZ, Izba wskazuje, iż w treści odwołania nie podano na czym ww. niezgodność miałyby polegać. Trudno więc tego typu lakoniczne wskazanie na obszar niezgodności oferty z SIWZ uznać za jednoznaczny i nadający się do rozpoznania zarzut odwołania w rozumieniu art. 192 ust. 7 Pzp. Ponadto przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, do którego zarzut się odwołuje, stanowi o niezgodności treści, a nie formy oferty, z treścią SIWZ.

W związku z powyższym zarzuty uznano za niezasadne.

#### Zarzut II. 1.5

Zgodnie z przywoływanymi powyżej postanowieniami Zał. nr 5 do IDW wymagano przedstawienia wraz z ofertą podstawowych rzutów i przekrojów koncepcyjnych rozmieszczenia urządzeń technologicznych wewnątrz i na zewnątrz obiektów budowlanych.

Według pkt 12.2 Zał. 1A do PFU obiekty budowlane Bloku będą wyposażone w:

- suwnice w budynku głównym bloku. Ilość suwnic, ich udźwig i zasięg zostaną tak dobrane aby mogły obsłużyć wszystkie urządzenia, tj. zapewnić ich obsługę i remonty.

Ponadto w pkt 11.3.9 ppkt 5 Zał. 1A do PFU (Wymagania dla maszynowni i pozostałych pomieszczeń technologicznych) wskazano: pomieszczenia technologiczne będą wyposażone w urządzenia dźwigowe oraz będą posiadać drogi

komunikacyjne, pola odkładcze i luki montażowe na potrzeby montażu, remontów i demontażu zainstalowanych urządzeń.

Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż suwnice należy zakwalifikować jako urządzenia pomocnicze Bloku, a nie urządzenia technologiczne służące produkcji energii. Konsekwentnie uznać należy, iż wymogi przedstawienia wraz z ofertą rzutów i przekrojów urządzeń technologicznych (Zał. nr 5 do IDW), nie dotyczyły urządzeń dźwigowych (zarówno stałych, jak i przenośnych).

W związku z powyższym zarzut uznano za niezasadny.

Zarzuty z pkt II. 2. odwołania dotyczące oferty Energomontaż Północ.

Oferta Energomontaż Północ została przez zamawiającego odrzucona, a wykonawca ten nie skorzystał względem tej czynności z przysługujących mu środków ochrony prawnej, tj. zaakceptował decyzję zamawiającego. Tym samym popieranie zarzutów względem odrzuconej oferty nie mieści się w ramach materialnoprawnego uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 Pzp – nie grozi w tym przypadku odwołującemu poniesienie żadnej szkody.

Zarzuty z pkt II. 3. odwołania dotyczące oferty Konsorcjum Sener.

Zarzut II. 3.1.

Uzasadnienie jak odnośnie zarzutu II. 1.1

Zarzut II. 3.2.

Uzasadnienie jak odnośnie zarzutu II. 1.2.

Zarzut II. 3.3.

Na str. 261 oferty Konsorcjum SENER zawarto schemat P&I dotyczący, jak wynika z rysunku, wyprowadzenia ciepła z bloku.

W związku z powyższym zarzut uznano za niezasadny.

Zarzut II. 3.5.

Moc celek wskazywanych przez odwołującego nie jest pomiędzy stronami sporna. Jednakże Konsorcjum Sener zastosowało inne rozwiązania i technologie chłodzenia i odbioru ciepła z układu niż kwestionowane w odwołaniu, tj. nie odnoszące się do mocy celek wskazywanych przez Odwołującego. Natomiast zarzutów względem niezgodności z SIWZ alternatywnych rozwiązań, zastosowanych w ofercie Konsorcjum Sener, w odwołaniu nie sformułowano.

W związku z powyższym zarzut uznano za niezasadny.

Zarzut II. 3.6.

Uzasadnienie jak odnośnie zarzutu II. 1.3.

Ponadto zarzut braku cen jednostkowych niektórych części zamiennych jest niezasadny w związku z okolicznościami, które, przystępujący, Konsorcjum Sener w sposób wiarygodny wyjaśnił: niektóre części wymieniane są w całych kompletach czy zespołach urządzeń i nie ma możliwości ich oddzielnej wymiany, a tym samym wycenienia.

Ponadto dane dotyczące czasu pracy i koniecznej liczby roboczogodzin podano na str. 293 i 294 oferty, a także na str. 278, gdzie podano ceny jednostkowe oraz liczbę godzin w okresie gwarancyjnym, jak i pogwarancyjnym.

Zarzut II. 3.7.

Wyliczenia odwołującego względem wymaganej minimalnej pojemności zbiornika roboczego oleju zapewniającego nieprzerwaną pracę Bloku w okresie jednego tygodnia ( $2,25 \text{ m}^3$ ), jaki powinien być zaoferowany w ofercie Konsorcjum Sener, nie są pomiędzy stronami sporne.

Wykonawca, Konsorcjum Sener podał w swojej ofercie (na str. 193) dwie różne pojemności ww. zbiornika ( $1 \text{ m}^3$  i  $2 \text{ m}^3$ ) – obie za małe.

Konsorcjum Sener stwierdziło na rozprawie, iż powyższe jest wynikiem omyłki, a w rzeczywistości zaoferowano zbiornik o pojemności  $2,279 \text{ m}^3$  i postuluowało poprawienie treści swojej oferty w tym zakresie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z ww. przepisem zamawiający poprawia w ofercie, inne niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Dyspozycja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi wyjątek od reguły zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty sformułowanej w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy i do jej zastosowania wymagane jest łączne zaistnienie wszystkich przesłanek w niej zawartych. Omawiając te przesłanki i sposób zastosowania ww. przepisu, Izba wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki w ofercie objawiającej się niezgodnością treści oferty z SIWZ. Dla przyjęcia jej wystąpienia bynajmniej nie ma potrzeby odwoływania się do stopnia „nieświadomości” wykonawcy, co do niezgodności treści jego oferty z siwz, czy istnienia pewności zamawiającego, co do rzeczywistych intencji wykonawcy w trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z siwz. Należy przyjąć tu możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań siwz.... etc.) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Tym samym właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem siwz (w tym również jej wewnętrzne sprzeczności), która z założenia ma być zgodna z treścią siwz i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność między ofertą a siwz, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (np. nie zgodzi się na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadomie i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego (co w praktyce obrotu jest nieomal niewykonalne).

Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych. Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. Niezależnie od jasności słownikowych definicji samego pojęcia „istotności” oraz definiowanej a contrario „nieistotności” oraz możliwości pewnego wskazania przykładowych desygnatów pod owe pojęcia podpadających, w praktyce stosowania prawa zawsze występowały będą pograniczne przypadki, których kwalifikacja pozostawała będzie sporna i niepewna. Ze wskazaną nieostrością pojęcia wiąże się więc niemożliwość

wytyczenia abstrakcyjnej i generalnej dla wszystkich sytuacji delimitacji zastosowań i kwalifikacji zmian w ofertach jako istotne lub nieistotne. Decyzja w przedmiocie rozgraniczenia i tym samym możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii* (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Powyższe oczywiście nie dotyczy zmian formalnego sposobu prezentacji czy przedstawienia *essentialiae negotii* oferty bez dokonywania zmian ich ustalonego, rzeczywistego znaczenia i treści, dotyczy natomiast zakazu istotnego zmieniania samego zobowiązania wyrażonego w ofercie. Zmiana zobowiązania ofertowego musi więc być zakresowo ograniczona.

Ostatnią, wprost niewyrażoną, ale wyprowadzaną z treści pkt 3 ust. 2 art. 87 Pzp przesłanką poprawienia oferty jest wiedza zamawiającego, na którym obowiązek poprawiania ofert na mocy ww. przepisu spoczywa, w przedmiocie sposobu w jaki daną ofertę poprawić. Przyjąć należy, iż wiedza tego typu winna wynikać z treści samej oferty (np. porównania sprzeczności w ofercie zawartych, oceny charakteru niezgodności, ustalenia i wykorzystania części prawidłowych danych w ofercie zawartych), ewentualnie, jednakże w ograniczonym zakresie, może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zd. 2. Pzp W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może *de facto* stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji. W szczególności przy zmianie oferowanego świadczenia zamawiający nie może polegać tylko na oświadczeniu wykonawcy w jaki sposób jego

ofertę należy poprawić, bez dodatkowych, niejako obiektywnych, przesłanek w tym zakresie.

Odnosząc powyższe uwagi do oferty Konsorcjum Sener stwierdzić należy, iż w tym przypadku nie została wypełniona przesłanka wiedzy i podstaw do dokonania określonej poprawki w treści oferty (w tym przypadku zamienienia podanych w ofercie pojemności zbiornika roboczego oleju na postulowane 2,279 m<sup>3</sup>). W szczególności taka wiedza nie wynika z wyjaśnień Konsorcjum Sener składanych w trakcie rozprawy. Przedstawiono jedynie materiał poglądowy zawierający bliżej nieokreślone i nie wiadomo do czego odnoszące się dane i wyliczenia, których nie omówiono. Nie wskazano na żadne okoliczności, które nawet pośrednio wskazywałyby, że taki zbiornik olejowy w rzeczywistości zaoferowano.

W związku z faktem, iż niezgodność oferty Konsorcjum Sener z wymaganiami SIWZ w zakresie opisanym w odwołaniu jest ewidentna, a w związku z okolicznościami opisanymi powyżej, brak jest możliwości jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zarzut odwołania uznano za zasadny, a odwołanie uwzględniono, nakazując uzupełnienie podstaw odrzucenia oferty w postulowanym w odwołaniu zakresie.

Zarzut II. 3.8.

Uzasadnienie jak odnośnie zarzutu II. 1.5.

Zarzuty z pkt II. 4. odwołania dotyczące oferty Introl.

Zarzut II.4.1.

Zdaniem Izby w ofercie wykonawcy Introl nie brakuje następujących schematów P&I:

1. Paliwowego
2. Odzysku ciepła
3. Wyprowadzenia ciepła z Bloku
4. Oleju smarnego
5. Redukcji tlenków węgla i tlenków azotu
6. Wyprowadzenia mocy do rozdzielni 110W w ECR

#### 7. Układ próżniowego odgazowania wody i nerki ciepłowniczej.

Na marginesie Izba wskazuje, iż kwestionowanie postanowień czy danych ofertowych, które odwołującemu są nieznane, w ogólny sposób, rzadko wypełnia postulaty nadającego się do rozpoznania zarzutu, opisane w ogólnej części niniejszego uzasadnienia. W szczególności w tym przypadku, ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, odwołujący nie mógł postawić skutecznych zarzutów, np. określających, co konkretnie w kwestionowanych schematach jest niezgodne z SIWZ. W postępowaniu kontradyktoryjnym, jakim jest postępowanie odwoławcze, odwołujący nie powinien liczyć na dokonanie kontroli całej oferty (lub jej wskazanych fragmentów), niejako z urzędu, przez Izbę. Izba rozpoznaje i orzeka w przedmiocie konkretnych, akuratnie sformułowanych zarzutów odwołań, a nie dokonuje kontroli postępowania w bliżej nieokreślonym zakresie, odnośnie którego wykonawca skonkretyzowanych zarzutów, z jakichkolwiek względów, nie jest w stanie sformułować.

#### Zarzut II.4.2.

Zarzut jest niezasadny.

Zaoferowana przez Introl moc chłodni nie jest mniejsza niż 28,6 MW, a oferta jest zgodna w tym zakresie z SIWZ.

#### Zarzut II.4.3.

Odwołujący nie wykazał w jaki to sposób z oferty Introl wynika, że przewidziano wyposażenie kotła odzysknicowego w przewód obejściowy spalin, umożliwiającą bocznikowanie kotła.

W ocenie Izby powyższe z tej oferty nie wynika. W związku z powyższym zarzut oddalono.

#### Zarzut II.4.4.

Uzasadnienie jak odnośnie zarzutu II. 1.3.

Izba stwierdza, iż Program obsługi serwisowej Zespołu Silnikowego do oferty Introl został załączony. Natomiast odwołujący w treści odwołania nie wykazał w jaki sposób



jest on niezgodny z SIWZ, w szczególności w jaki sposób nie wypełnia wymagań Zał. 1H do PFU odnośnie wymaganego zakresu informacji w nim podawanych.

W związku z powyższym zarzut oddalono.

Zarzut II.4.5.

W pkt 1.6 PFU (trzeci akapit) wskazano: *„Dla potrzeb optymalizacji parametrów Bloku przyjęto minimalne wymagania dla dwóch punktów pracy (tj. LATO i ZIMA), które przedstawiono w tabeli poniżej”*.

Tym samym wymagana i wskazana w rzeczonyj tabeli, temperatura wody sieciowej zasilającej na poziomie 66° C dla okresu LATO, jest temperaturą minimalną.

W związku z powyższym zarzut upatrujący niezgodności oferty z SIWZ w związku z przyjęciem ww. temperatury na poziomie 70° C, jest niezasadny.

Zarzut II.4.6.

Uzasadnienie jak odnośnie zarzutu II. 1.2.

Zarzut II.4.7.

Uzasadnienie jak odnośnie zarzutu II. 1.5.

Zarzuty odwołania zawarte w pkt II 5.1.- 5.7 dotyczące oferty Cegielski, jako stanowiące kalkę zarzutów względem oferty Introl, oddalono z uzasadnieniem analogicznym jak odnośnie zarzutów II 4.1.- 4.7.

Zarzut nr III.

Według dyspozycji art. 8 ustawy:

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 [...].

Wskazane przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, konkretnie ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), w art. 11 ust. 4 stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przepisy ustawy nie stanowią w jaki sposób zamawiający ma osiągnąć konkluzję związaną z kwalifikacją danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma w tym względzie żadnych obowiązków formalnych, poza tymi, które wynikają bezpośrednio z ustawy, konkretnie z art. 8 i 96 ust. 3 Pzp, tj. generalny obowiązek udostępniania wszystkich informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia (w przypadku ofert od chwili ich otwarcia), oraz szczególny (wyjątkowy) obowiązek nieudostępniania informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wypełniających wszystkie przesłanki opisane w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sprawą zamawiającego pozostaje w jaki sposób dojdzie do przekonania w przedmiocie zasadności takiego zastrzeżenia. Działania bądź zaniechania zamawiającego w tym zakresie, będą oceniane w postępowaniu odwoławczym nie przez stopień zachowania należytej staranności zamawiającego i ilość podejmowanych działań w tym zakresie, ale przez ocenę materialnej trafności podjętej decyzji. W konsekwencji zamawiający, wdając się w spór, co do skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie, winien udowodniać nie swoją należyłą staranność, ale udowodniać przed Izłą okoliczności przesądzające o kwalifikacji nieujawnianych przezeń informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast odwołujący winien udowodniać i wskazywać okoliczności przeciwne (art. 190 ust. 1 Pzp).

Postępowanie przed Izłą, jak wynika z przytoczonych wyżej przepisów, jest postępowaniem kontradyktoryjnym, z zasady realizującym postulat szybkości jego prowadzenia, gdzie szczególnego znaczenia nabiera sformułowanie w odwołaniu konkretnych i jasnych zarzutów, a także rozkład ciężaru dowodu i inicjatywa

dowodowa przejawiana przez strony. Skuteczne zarzucanie, iż dane informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa polega na wykazaniu okoliczności odnoszących się do przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W pierwszej kolejności, podstawą zarzutu, zawsze będzie jednak określenie informacji, które powinny być jawne, a więc wskazanie konkretnie czego zarzut odwołania w ogóle dotyczy. Jak zaznaczył słusznie odwołujący, możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy informacji, a nie agregatów (bo nawet nie zbiorów) informacji, które stanowią złożone dokumenty załączane do oferty. Niestety takich informacji, które w świetle powołanych przepisów powinny być jawne, w odwołaniu w ogóle nie wskazano (dopiero na rozprawie odwołujący wskazywał i wywodził, które informacje składające się na oferty konkurentów, powinny być jawne, np. program obsługi serwisowej w zakresie, jakim zawiera informacje powszechnie dostępne... etc.).

Pomijając rozważania doktrynalne na temat znaczenia zasad i przepisów Pzp zawarte w odwołaniu, a także bezprzedmiotowe oceny stopnia staranności zamawiającego przy weryfikacji ofert, całą treścią zarzutu w zakresie zaniechania ujawnienia odwołującemu ofert Introl i Cegielski, sformułowano we następującym fragmencie odwołania:

*W ocenie Odwołującego dokumenty zastrzeżone przez wykonawców Introl i Cegielski nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt Mi CZP 74/05) zamawiający winien je odtajnić czego nie uczynił.*

W związku z powyższym Izba oddaliła tak sformułowany zarzut odwołania. W odwołaniu z jakichś względów nie wskazano, w jakim zakresie informacje tam zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast próby uzupełniania w tym zakresie zarzutów odwołania na rozprawie, uznano za ich rozszerzanie – niedopuszczalne w świetle art. 192 ust. 7 Pzp.

Na marginesie Izba wskazuje, iż odwołujący zastrzegł swoją ofertę jako tajemnicę przedsiębiorstwa w jeszcze większym zakresie niż wykonawcy Introl i Cegielski.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....