

Sygn. akt: KIO/UZP 1105/09

POSTANOWIENIE
z dnia 10 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Barbara Bettman
Członkowie:	Marzena Teresa Ordysińska Anna Packo
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 9 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: HITACHI Ltd., Energomontaż - Północ S.A., 00-450 Warszawa, ul. Przemysłowa 30** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów, Rogowiec, ul. Energetyczna 7** protestu z dnia 16 lipca 2009 r.

przy udziale **Fabryki Kotłów RAFAKO S.A., 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: HITACHI Ltd., Energomontaż - Północ S.A., 00-450 Warszawa, ul. Przemysłowa 30**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: HITACHI Ltd., Energomontaż - Północ S.A., 00-450 Warszawa, ul. Przemysłowa 30,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: HITACHI Ltd., Energomontaż - Północ S.A., 00-450 Warszawa, ul. Przemysłowa 30** na rzecz **PGE Elektrownia Bełchatów S.A., 97-406 Bełchatów, Rogowiec, ul. Energetyczna 7**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 538 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: HITACHI Ltd., Energomontaż - Północ S.A., 00-450 Warszawa, ul. Przemysłowa 30.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem na budowę Instalacji Odsiarczania Spalin bloków Nr 1 i 2 w BOT Elektrowni Bełchatów S.A. (Dz. Urz. UE 2008/S 171 -228879 z 4.09.2008), w dniu 16 lipca 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez konsorcjum firm: HITACHI Ltd. i ENERGOMONTAŻ –PÓŁNOC Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Złożenie protestu nastąpiło w następstwie powiadomienia w dniu 7 lipca 2009 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Fabrykę Kotłów RAFAKO S.A. z Raciborza.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu BOT Elektrowni Bełchatów S.A. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101), tj.:

- a) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp oraz
- b) art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy, przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy RAFAKO S.A.

b) art. 7 ust, 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust, 1 pkt. 2 ustawy Pzp, przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty RAFAKO S.A.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy RAFAKO S.A. jako najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert i w jej wyniku wykluczenie wykonawcy RAFAKO S.A. i odrzucenie jego oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ;
- 3) wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów, odwołujący podał, iż oprotestowana czynność naruszyła jego interes prawny, przez uniemożliwienie wyboru złożonej oferty jako najkorzystniejszej, gdyż w przypadku prawidłowego i zgodnego z przepisami ustawy działania zamawiającego kwestionowana oferta została odrzucona. Zamawiający wybierając jednak jako najkorzystniejszą, ofertę podlegającą odrzuceniu, pozbawił odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Podkreślił, iż zamawiający w SIWZ żądał oświadczenia w załączniku nr A3 do formularza ofertowego (str. 3) w przedmiocie prawa własności technologii lub posiadania odpowiedniej licencji. Wykonawca RAFAKO S.A. złożył oświadczenie o posiadaniu licencji. Do oferty dołączono umowę licencyjną i aneks określający jej czas trwania na 9 lat i 2 miesiące od daty zawarcia aneksu tj. od 2.12.2008 r. Treść wybranej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a wymagane przez zamawiającego oświadczenie nie jest prawdziwe. O nieprawdziwości złożonego oświadczenia przez RAFAKO S.A., a zarazem nie spełnieniu warunków przetargu, w przekonaniu odwołującego, świadczą trzy okoliczności:

1. zamieszczona w ofercie umowa licencyjna wygasła już z dniem 16.06.2004 r. (art. 10 umowy licencyjnej), zatem aneks do wygasłej umowy nie mógł wywołać żadnych skutków prawnych;
2. nawet gdyby założyć skuteczność zawarcia przedmiotowego aneksu, to zgodnie z postanowieniami SIWZ (str. 72 i 73 wzoru kontraktu), okres realizacji zamówienia wraz z okresem gwarancyjnym wynosi 118 miesięcy od daty zawarcia kontraktu. Zatem już proste porównanie obu terminów, jednoznacznie wskazuje, że złożone przez wykonawcę RAFAKO S.A. oświadczenie nie jest prawdziwe, a jednocześnie treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ.
3. data zawarcie aneksu (2.12.2008 r.) potwierdza, że w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (18.09.2008 r.), wykonawca nie dysponował licencją, co czyni zawarte w tym wniosku jego oświadczenie o spełnieniu ustalonych warunków, nieprawdziwym.

Dlatego też w ocenie odwołującego, wykonawca RAFAKO S.A. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje w załączonym (do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) oświadczeniu o posiadaniu niezbędnej wiedzy (licencji), mające wpływ na wynik postępowania, podlegał zatem wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w konsekwencji oferta RAFAKO S.A. winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 i 2 ustawy.

Błędu polegającego na poświadczeniu nieprawdy nie można konwalidować, co potwierdza orzecznictwo, np. wyrok z 24.10.2008, KIO/UZP 1098/08 „złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji, prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, który można sanować, gdyż po pierwsze inna jest podstawa prawna (w odróżnieniu od art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku, z art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp, czy też art. 24 ust. 1 pkt. 10 Pzp), po drugie naruszono by art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, gdyż nie można zrównywać wykonawców składających prawdziwe informacje, z wykonawcami składającymi informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania. Równocześnie zaistniały błąd nie podlega sprostowaniu w trybie oczywistych omyłek.” Odwołujący zaznaczył, iż firma RAFAKO S.A., złożyła ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, gdyż wbrew deklaracjom, wykonawca ten nie miał i nie ma zagwarantowanych praw licencyjnych do oferowanej technologii w okresie realizacji zamówienia oraz w okresie gwarancyjnym.

Zatem nie ma możliwości pełnego zaoferowania proponowanej technologii. Zdaniem odwołującego, zamawiający jest zobowiązany wykluczyć RAFAKO S.A. z przedmiotowego postępowania, a jego ofertę odrzucić.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 lipca 2009 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu, przystąpił w dniu 24 lipca 2009 r. wybrany wykonawca Fabryka Kotłów RAFAKO S.A. Powołał się na interes faktyczny i prawny uzasadniający przystąpienie i domaganie się oddalenia protestu, utrzymania czynności wyboru oferty, albowiem jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, spośród ofert spełniających wymagania zamawiającego.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, przedstawionego w proteście, przystępujący nie zgodził się przytoczoną argumentacją, wyjaśnił, że posiada umowę licencyjną skutecznie zawartą na piśmie. Umowa Licencyjna zawarta została dnia 25.05.1994 r. na okres 10-ciu lat, a następnie była przedłużana, w tym aneksami z dnia 3.05.2004 r. na okres do 16.06.2009 r. i z dnia 2.12.2008 r., na okres do dnia 2.02.2018 r. Na dowód,

przystępujący załączył uwierzytelnioną kopię aneksu z 3.05.2004 r. Tytuł prawny do licencji nie budził żadnych zastrzeżeń zamawiającego, a jedynie jego wątpliwość odnosiła się do zgodności tłumaczenia licencji na język polski, z oryginalnym brzmieniem w języku angielskim. W tej kwestii, zamawiający wystosował pismo z dnia 14.05.2009 r. FU.290-261ZP/2008/6282. W odpowiedzi pismem z dnia 15.05.2009 r. L.dz. 454/HO/2009, znajdującym się w aktach postępowania, przystępujący rozwiązał tę wątpliwość. Z załączonego do oferty wyciągu z Umowy Licencyjnej, w szczególności z artykułu 10 pkt. 10.4 wynika, iż zaciągnięte przez wykonawcę zobowiązania podczas trwania umowy licencyjnej mogą być wypełniane i przeprowadzane nawet po jej rozwiązaniu. Postanowienie to w wystarczającym stopniu chroni interes wykonawcy, a konsekwencji i zamawiającego. Na marginesie wskazał, że uczestnicząc w innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego, przedkładał mu kompletną dokumentację przedmiotowej licencji i stąd zamawiający posiada wiedzę co do ciągłości posiadanego prawa do licencji. Przystępujący za równie błędne uznał stanowisko odwołującego, w odniesieniu do okresu gwarancyjnego w części dotyczącej kompletnej Instalacji Odsiarczania Spalin.

W Warunkach Ogólnych Kontraktu w części definiującej pojęcia tam użyte, okresy gwarancyjne przypisane zostały indywidualnie dla każdego obiektu i są liczone od daty podpisania protokołu przekazania - przejęcia do eksploatacji. Dla kompletnej IOS ustalono 36 miesięczny okres gwarancji, a wynika on wprost z punktu 3.11, części 3 kontraktu Warunki Finansowe i Handlowe. Rozwinięciem funkcjonowania gwarancji jest treść załącznika nr A3 do oferty, w którym zastrzeżono, iż z treści tego dokumentu musi wynikać, że okres licencji będzie dłuższy niż okres gwarancji na dany obiekt. O okresie gwarancji na kompletnej IOS stanowi także treść części 2 SIWZ, rozdział 2 – gwarancje, zawierający procedurę jej udzielania. Z zapisów tej procedury, punkt 2.1.1, wynika że w przypadku awarii urządzeń w okresie gwarancji, gdy wady będą usuwane za pomocą części zapasowych, to okres na wymienione urządzenia liczony będzie nowy okres gwarancji, przy czym okres ten kończyć się będzie najpóźniej po 72 miesiącach od przekazania Obiektu do eksploatacji, co łącznie z okresami realizacji (34 miesiące) daje 106 miesięcy. Identyczny zapis znajduje się w tomie II oferty, załącznik nr 1 do Kontraktu - część techniczna, rozdział 2, pkt 2.1.1. W ujęciu rachunkowym sumując czas realizacji przedmiotu umowy i okres gwarancji dla konkretnego obiektu – kompletnej IOS - wynosi 34 miesiące realizacji + 36 miesięcy gwarancji = 70 miesięcy. Przytoczone przez odwołującego 118 miesięcy przy zastosowaniu podobnego rachunku ma odniesienie do robót budowlanych, gdzie 34 miesiące realizacji + 84 miesiące gwarancji na roboty budowlane daje w sumie wielkość, tj. 118 miesięcy. Przystępujący podkreślił, iż gwarancja na kompletnej IOS dotyczy technologii wynikającej z licencji i nie ma nic wspólnego z robotami budowlanymi i gwarancją na ten zakres przedmiotowy, której udzielił w żądanym wymiarze 84 miesięcy.

Reasumując, stwierdził, iż treść jego oświadczenia, złożonego z datą 30.04.2009 r., spełnia wymogi SIWZ, bowiem udzielił gwarancji zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Uznał związek trzeciej okoliczności podnoszonej w proteście, z wyjaśnieniem przedstawionym w zakresie pierwszego zarzutu, gdyż ciągłość i ważność umowy licencyjnej, stanowi o tym, iż stawiane zarzuty są chybione. Zdaniem przystępującego, nie zaistniała sytuacja, w której uprawniony byłby zarzut, iż przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz, że złożył nieprawdziwe informacje w oświadczeniu o posiadaniu niezbędnej wiedzy (licencji), mające wpływ na wynik postępowania, zatem nie zgodził się, iż zachodzą przesłanki określone w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, będące podstawą żądania wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak również podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w związku z rzekomym naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W dniu 24 lipca 2009 r. zamawiający oddalił protest w całości. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że po wnikliwej analizie dokumentacji przedmiotowego postępowania, dokonanych czynności oraz po rozważeniu przedstawionej argumentacji, uznał zarzuty za bezzasadne i w konsekwencji oddalił protest, bowiem odwołujący błędnie utożsamia dwa pojęcia: know how i licencje. Natomiast niewątpliwie nie są one tożsame:

- know-how, oznacza bowiem nabyte dzięki długotrwałej praktyce kompetencje, rzeczywistą umiejętność praktycznego wykorzystania wiedzy i rozwiązywania problemów, robienia czegoś w sposób skuteczny i sprawny,
- licencja, oznacza dokument prawny lub umowę określającą warunki korzystania z produktu firmowego, znaku handlowego lub patentu.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (opublikowanym w DZ. Urz. UE nr 2008/5 171-228879 w dniu 4.09.2008r.), wskazał iż o zamówienie może ubiegać się wykonawca posiadający know - how i w okresie ostatnich dziesięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował budowę pod klucz instalacji odsiarczania spalin w elektrowniach opalanych węglem brunatnym w technologii mokrej wapienno-gipsowej o wydajności nominalnej minimum 1 milion Nm³/h spalin. Zamawiający nie żądał przedłożenia umowy licencyjnej. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli: Fabryka Kotłów RAFAKO S.A. oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. HITACHI Ltd. oraz ENERGOMONTAŻ - PÓLNOC Spółka Akcyjna. Żądane oświadczenia, w tym oświadczenie o posiadaniu know how złożyli wszyscy wykonawcy ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z tym że Fabryka Kotłów RAFAKO S.A. złożyła takie oświadczenie o posiadaniu know how na budowę instalacji mokrego odsiarczania spalin, zawarte w załączniku nr 3 - gdzie przedstawiono także wykaz

zrealizowanych prac, w żądanym przez zamawiającego zakresie. W ww. dokumencie nie znalazło się oświadczenie wykonawcy - Fabryki Kotłów RAFAKO S.A., iż posiada licencje na budowę IOS bloków 1 i 2. Tym samym zarzut protestującego co do złożenia nieprawdziwego oświadczenia jest chybiony.

W odniesieniu do kwestii aneksu z dnia 2.12.2008 r. do umowy licencyjnej, to dotyczy on, w ocenie zamawiającego - realizacji konkretnego projektu tj. IOS dla bloków 1 i 2 w PGE Elektrownia Bełchatów S.A. Z treści ww. aneksu wyraźnie wynika, iż umowa licencyjna jest w pełni ważna, co więcej obejmuje ona konkretną instalację dla bloku nr 1 i dla bloku nr 2, w konkretnej firmie - PGE Elektrowni Bełchatów S.A. (cyt. " Umowa Licencyjna pozostaje nadal w pełni ważna i obowiązuje w odniesieniu do projektu IOS dla bloku nr 1 & 2 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A – str. 33 oferty nr AS0611a, złożonej przez Fabrykę Kotłów RAFAKO S.A.). Tym samym zamawiający, stwierdził, iż mając czytelny i jasny zapis nie miał podstaw do negocjowania posiadania ważnej licencji.

W ocenie Zamawiającego bezzasadne jest także twierdzenie, iż okres realizacji zamówienia wraz z okresem gwarancyjnym wynosi 118 miesięcy od daty zawarcia kontraktu w części dotyczącej kompletnej IOS. Zgodnie z definicjami Warunków Ogólnych Kontraktu, okres gwarancyjny odnosi się do każdego obiektu i jest on liczony od daty podpisania protokołu przekazania – przejścia do eksploatacji. Zgodnie z częścią 3 Kontraktu Warunki Finansowe i Handlowe, w szczególności punktu 3.11. okresy gwarancyjne zostały przypisane w różnym wymiarze dla określonych jej przedmiotów. Dla kompletnej IOS okres ten wynosi 36 miesięcy i odnosi się do technologii wynikającej z licencji, a nie do robót budowlanych, które objęte są odrębną gwarancją 84 - miesięczną, która miałaby być udzielona przez Fabrykę Kotłów RAFAKO S.A. Takie rozumienie uznał zamawiający za zasadne, mając na uwadze także treść wymaganego oświadczenia, oznaczonego jako załącznik nr A3 do oferty, w którym zastrzegł, iż z dokumentu tego musi wynikać, że okres licencji będzie dłuższy niż okres gwarancyjny na dany obiekt, w tym konkretnym przypadku na kompletną IOS. Taką interpretację funkcjonowania gwarancji potwierdza też treść części 2 SIWZ, rozdział 2 – gwarancje, w punkcie 2.1.1. stanowiący o procedurach związanych z udzieloną gwarancją. W tej procedurze zapisano, że w przypadku awarii urządzeń w okresie gwarancji, gdy wady będą usuwane za pomocą części zapasowych, to na wymienione urządzenia okres gwarancji będzie liczony, jako nowy, przy czym okres ten kończyć się będzie najpóźniej po 72 miesiącach od przekazania obiektu do eksploatacji. Treść tego zapisu została powtórzona w tomie II oferty, załącznik nr 1 do Kontraktu Część Techniczna Rozdział 2 w punkcie 2.1.1. Tym samym treść oświadczenia z daty 30.04.2009 r. złożonego przez wykonawcę wybranego, spełnia wymogi SIWZ.

W dniu 31.07.2009 r. zostało wniesione odwołanie, z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami:

- o unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- i nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert .

Odwołujący ponowił argumentację protestu, że kwestionowane czynności naruszają zasady udzielania zamówień publicznych, wskutek czego jego interes prawny doznał uszczerbku poprzez utratę możliwości uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec stanowiska zamawiającego, zawartego w rozstrzygnięciu protestu oraz stanowiska przystępującego do postępowania – odwołujący podnosił, co następuje.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego i przystępującego, okres gwarancyjny łącznie z okresem realizacji zamówienia wynosi rzeczywiście 118 miesięcy od daty zawarcia kontraktu w przypadku jednego z obiektów tj. IOS. Zgodnie z postanowieniami części 1 - Instrukcja dla wykonawców i wymagania formalno-prawne załącznika nr A3 (str. 35 SIWZ), zamawiający wymagał aby z dokumentu potwierdzającego prawo do licencji wynikało, iż okres ważności licencji będzie dłuższy niż okres gwarancyjny na dany obiekt. W części 3 - Kontrakt - II, warunki ogólne (pkt 1.1.14. oraz 1.1.15. - str. 6 SIWZ) zdefiniowano pojęcie „okres gwarancyjny” jako obejmujący wszystkie rodzaje gwarancji i jednocześnie zdefiniowano pojęcie obiekt /obiekty. Z kolei w części 3 – Kontrakt - III warunki finansowe i handlowe (pkt 3.11.1. str. 72 SIWZ), zamawiający określił części składowe okresu gwarancyjnego, gdzie jeden z elementów (roboty budowlane, zdefiniowane w części I - Instrukcja dla wykonawców i wymagania formalno-prawne str. 9 SIWZ, które obejmują również prace montażowe układów technologicznych obiektów), wynosi 84 miesiące i rozpoczyna się od dnia podpisania protokołu przekazania. Zatem uwzględniając okres realizacji 34 miesiące (pkt 3.10 oraz odpowiedź zamawiającego nr 109), okres gwarancyjny na ten konkretny obiekt (105), musi wynosić 118 miesięcy.

Zdaniem odwołującego, gdyby, jak twierdzi zamawiający, rzeczywiście miało chodzić jedynie o jeden z rodzajów gwarancji objętych okresem gwarancyjnym tj. na technologie (105), to wówczas należało wyraźnie wskazać na ten konkretny rodzaj gwarancji, zwłaszcza, że w części 2 - programu funkcjonalno użytkowego - opis przedmiotu zamówienia (pkt 2 Gwarancje - str. 85-94 SIWZ), zamawiający szczegółowo zdefiniował i opisał poszczególne gwarancje składające się na okres gwarancyjny.

W opinii odwołującego, twierdzeniom zamawiającego, iż okres gwarancyjny, versus licencja odnosi się tylko do technologii (pojęcie bliżej niesprecyzowane) przeczą zapisy umowy licencyjnej, która dotyczy „projektowania, konstrukcji, produkcji, montażu, rozruchu i eksploatacji urządzeń z mokrym odsiarczaniem spalin.” (oferta RAFAKO S.A. str. 28,

załącznik nr A3). Zatem odwołujący uznał, że stanowisko zamawiającego w żaden sposób nie znajduje potwierdzenia w zapisach SIWZ, które wskazują na prawidłowość stanowiska odwołującego. Reasumując stwierdził, iż stoi na stanowisku, że proste porównanie obu terminów (118 miesięcy i 106 miesięcy) jednoznacznie wskazuje, że złożone przez wykonawcę RAFAKO S.A. oświadczenie nie jest prawdziwe, a jednocześnie treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Wyraził zdziwienie postawą zamawiającego, iż wbrew jednoznacznym zapisom SIWZ w zakresie długości okresu gwarancyjnego, prezentuje pogląd wbrew własnemu interesowi.

Natomiast w przedmiocie skuteczności przedłużenia ważności Umowy Licencyjnej, stwierdził, iż przekazana przez przystępującego poprawka (Amendment no. 1) do umowy głównej utwierdza go w przekonaniu o nieskuteczności zarówno tego dokumentu jak i aneksu z 2.12.2008 r. Niezależnie od podnoszonych już argumentów, strony nie zachowały właściwej (jednoznacznie określonej w pierwotnej Umowie Licencyjnej) procedury ich wprowadzenia (artykuł 1.5. i artykuł 10.4. Umowy Licencyjnej).

W dniu 7 września 2009 r., z kopią przekazaną stronom, przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wybrany wykonawca Fabryka Kotłów RAFAKO S.A., który podtrzymał swoje stanowisko zaprezentowane w przystąpieniu do postępowania wywołanego wniesieniem protestu oraz wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła na posiedzeniu i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami i zmianami, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej i oferty ostatecznej wykonawcy Fabryka Kotłów RAFAKO S.A., (na okoliczność stawianych wymogów w odniesieniu do licencji i sposobu ich spełnienia w ofertach wstępnych i ostatecznych), pism stron oraz przystępującego złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym. Wniosku odwołującego z dnia 8 lipca 2009 r. o umożliwienie wglądu w dokumentację i protokół udostępnienia odwołującemu ofert wstępnych i wniosków z dnia 8.07.2009 r., wniosku z dnia 6.05.2009 r. o udostępnienie odwołującemu oferty przystępującego wraz z udzieloną odpowiedzią, wniosku Fabryki Kotłów RAFAKO SA z dnia 25 maja 2009 r. o przesłanie kopii protokołu postępowania, pisma z dnia 14.05.2009 r. oraz odpowiedzi z 15.05.2009 r. w sprawie tłumaczenia aneksu do umowy licencyjnej (str. 33 oferty).

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron oraz przystępującego, przedstawione do protokołu posiedzenia.

Według zgodnego stanowiska stron, okres związania ofertą nie upłynął, a oferty odwołującego oraz przystępującego nadal pozostają zabezpieczone wadium.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Na podstawie złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem stwierdzono, iż wymagane od wykonawców warunki udziału w postępowaniu spełniło konsorcjum firm HITACHI Ltd. i ENERGOMONTAŻ - PÓLNOC S.A. oraz Fabryka Kotłów RAFAKO S.A., zaproszonych do złożenia ofert wstępnych, które wpłynęły w terminie do dnia 10 grudnia 2008 r. Zamawiający uznał oferty wstępne za niepodlegające odrzuceniu i w dniu 17 grudnia 2008 r. zaprosił tych wykonawców do negocjacji. W wyniku negocjacji przeprowadzonych w dniach od 7 do 9 stycznia 2009 r. oraz zaproszenia do składania ofert ostatecznych z dnia 16 lutego 2009 r., oferty złożyli obaj wymienieni wykonawcy, w terminie do 4 maja 2009 r. W dniu 7 lipca 2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców, iż jako najkorzystniejszą wybrał w oparciu o ustalone kryteria (cena – waga 70, rozwiązania techniczne i technologiczne – waga 30), ofertę wykonawcy - Fabryka Kotłów RAFAKO S.A. z ceną brutto 394 060 000,00 zł. Oferta odwołującego zawierała cenę 442 860 000,00 zł. Zamawiający stwierdził w protokole postępowania, iż okres gwarancji został zaoferowany zgodnie z postanowieniami SIWZ.

W ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III pkt 2.1 zamawiający dopuścił do składania wniosków, wykonawców, którzy posiadają know-how i w okresie ostatnich 10 lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, zrealizowali budowę pod klucz IOS w elektrowniach opalanych węglem brunatnym w technologii mokrej wapienno – gipsowej o wydajności nominalnej min 1mln Nm³/h spalin.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazanej wykonawcom w październiku 2008 r. zamawiający wymagał w odniesieniu do oferty wstępnej, złożenia załącznika nr 3A oświadczenia wykonawcy odnośnie stanu prawnego oferowanej technologii oraz złożenia wyciągu z umowy licencyjnej, jej istotnych postanowień (jeżeli dotyczy). Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia, że wykonawca ma pełne i niezaprzeczone prawo do oferowania budowy IOS dla bloków 1 i 2 oraz obiektu D3 w PGE Elektrowni Bełchatów SA na terenie Polski i będzie ponosił pełną odpowiedzialność w przypadku jakichkolwiek roszczeń ze strony osób trzecich. Według załącznika nr 3 wymagane było oświadczenie wykonawcy, iż ma własną technologię oraz że wykonanie przedmiotu zamówienia nie stanowi naruszenia jakiegokolwiek prawa projektowego lub znaku towarowego, będących w posiadaniu osób trzecich. W przypadku gdy oferowane obiekty, w jakieś części wytworzone

są w oparciu o umowy licencyjne, wykonawca w formularzu oferty wstępnej składa oświadczenie, że przedmiot zamówienia zrealizuje w oparciu o umowy licencyjne, podaje nazwę licencjodawcy i przedstawia dokument, potwierdzający, że ma pełne i niezaprzeczalne prawo do oferowania obiektów na terenie Polski. Z dokumentu tego powinno wynikać, że okres ważności licencji jest dłuższy niż okres gwarancyjny na dany obiekt. Wymóg wyżej opisany opatrzony został uwagą, iż wykonawca ponosi pełną i wyłączną odpowiedzialność w przypadku jakichkolwiek roszczeń osób trzecich, które mogą powstać w wyniku naruszenia ich patentów, majątkowych praw autorskich, praw projektowych lub znaków towarowych związanych z przedmiotem zamówienia.

W punkcie 2.1.1 – Gwarancje na urządzenia i materiały, zamawiający postanowił okres gwarancji dla IOS i nowego obiektu D3 rozpocznie się w dniu wystawienia protokołu przekazania – przejęcia do eksploatacji dla każdego z obiektów, a zakończy się w dniu wydania świadectwa wypełnienia gwarancji dla każdego z obiektów. Jeżeli okres gwarancyjny na obiekt upłynie wcześniej niż okresy gwarancyjne zmodyfikowane, ponownie dostarczone urządzenie to będzie posiadało własną 36 miesięczną gwarancję. W przypadku awarii urządzeń w okresie gwarancyjnym, gdy wady będą usuwane za pomocą części zamiennych, to od chwili zabudowania takiej części będzie liczony nowy okres gwarancyjny na te urządzenie, które nadal będzie posiadało gwarancję.

Zamawiający określił okresy gwarancyjne (str. 72 SIWZ) w odniesieniu do:

- kompletną IOS – 36 miesięcy,
- kompletny nowy obiekt D3 – 36 miesięcy;
- wykładzin chemoodpornych na 6 lat (72 miesiące);
- na zabezpieczenia antykorozyjne na 6 lat (72 miesiące);

na roboty budowlane;

- 84 miesiące na roboty i materiały budowlane, - 36 miesięcy na urządzenia i elementy wchodzące w zakres instalacji wewnętrznych; wentylatory, żaluzje, klimatyzatory, oraz bramy o napędzie elektrycznym i drzwi.

W punkcie 43.3 SIWZ protokoły przekazania – przejęcia do eksploatacji, zamawiający postanowił, iż obiekty zostaną przejęte do eksploatacji po przeprowadzeniu rozruchu i osiągnięciu przez obiekt zakładanych parametrów technicznych, potwierdzonych pomiarami. Zgodnie z punktem 44.1 SIWZ okres gwarancyjny dla każdego obiektu, oznacza okres liczony od daty podpisania protokołu przekazania – przejęcia do eksploatacji danego obiektu, gdzie okres gwarancyjny i warunki gwarancji zostały opisane także w klauzuli nr 48. 2 warunków ogólnych, w klauzuli 3.11 warunków finansowych i handlowych oraz w załączniku nr 1 część techniczna.

W słowniku pojęć punkt 1.1.14 zamawiający wyjaśnił, iż okres gwarancyjny oznacza okres zdefiniowany w niniejszych warunkach ogólnych (klauzula 44.1 – 44.11) oraz w warunkach

finansowych i handlowych, klauzula nr 3.11), podczas którego, wykonawca jest zobowiązany do usunięcia na swój koszt wad, naprawy uszkodzeń i wymiany elementów składających się na obiekt. Każdy z obiektów posiada swój okres gwarancyjny. Zgodnie z klauzulą 1.1.15 „obiekt” oznacza IOS i/lub nowy obiekt D3. Pkt 1.1.24 (str. 17) SIWZ realizacja obiektów oznacza czynności wykonywane przez wykonawcę w celu realizacji przedmiotu kontraktu, z wyłączeniem okresu gwarancyjnego. Dla wymienionych/naprawionych elementów obiektu okres gwarancyjny będzie ulegał przedłużeniu(...) w żadnym wypadku nie dłużej niż 72 miesiące od daty podpisania protokołu przekazania obiektu (str. 73 SIWZ).

W treści kontraktu wykonawca zobowiązany był oświadczyć, iż posiada własną technologię i pełną znajomość projektowania, produkcji i eksploatacji, instalacji opartej o technologię mokrą wapienno – gipsową odsiarczania spalin lub posiada licencję na stosowanie technologii mokrego odsiarczania spalin wymienioną metodą, posiada wszelkie niezbędne prawa licencji lub sublicencji w tym majątkowe prawa autorskie do realizacji zadania oraz pełną znajomość projektowania, produkcji i eksploatacji. W opisie zawartości kontraktu zamawiający wymagał załącznika nr 4 wyciągu z umowy licencyjnej (w przypadku jeżeli dotyczy).

Identyczne postanowienia w odniesieniu do posiadania know-how lub licencji oraz zakresu i terminów gwarancji zawiera uzupełniona specyfikacja istotnych warunków zamówienia, przekazana wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert ostatecznych. Natomiast we wzorze kontraktu widnieje postanowienie – wykonawca oświadcza, iż wszystkie udzielone wykonawcy licencje lub sublicencje na korzystanie z praw własności przemysłowej i autorskich praw majątkowych, które będą składały się na przedmiot kontraktu nie zakazują udzielania dalszych licencji i/lub sublicencji na rzecz zamawiającego, a ich udzielanie nie będzie podstawą ponoszenia przez zamawiającego żadnych dodatkowych opłat uiszczanych na rzecz wykonawcy lub innego podmiotu. Wykonawca przekaże i udzieli zamawiającemu wszelkie prawa, w tym licencje i/lub sublicencje i majątkowe prawa autorskie składające się na przedmiot kontraktu, niezbędne do prowadzenia ruchu, eksploatacji i remontów IOS dla bloków 1 i 2.

W ofercie wstępnej przystępującego Fabryki Kotłów RAFAKO SA została przedstawiona umowa licencyjna zawarta z L&C. Steinmiller GmbH Gummersbach, Niemcy (obecnie następcą prawny FISIA Babcock Environment GmbH) wraz z aneksem do wymienionej umowy licencyjnej i informacją przystępującego dotyczącą wymienionej umowy. Umowa została zawarta 25 maja 1994 r. na lat 10 z możliwością przedłużenia. Przystępujący złożył oświadczenie w załączniku nr A3 do oferty wstępnej, że zgodnie z wymienioną umową licencyjną ma pełne, wyłączne i niezaprzeczalne prawo do oferowania na terenie Polski instalacji mokrego odsiarczania spalin oraz okres ważności licencji jest dłuższy niż okres gwarancyjny na dany obiekt. Zostało dołączone świadectwo z dnia z 21.11.2005 r.

potwierdzające udzielenie licencji oraz aneks do wymienionej umowy z dnia 2 grudnia 2008 r. w następującym brzmieniu „Umowa licencyjna pozostaje nadal w pełni ważna i obowiązująca w odniesieniu do projektu IOS dla bloku 1 i 2 w PGE Elektrownia Bełchatów SA. (9 lat i 2 miesiące) łącznie z okresem gwarancyjnym i rękojmi. Okres ważności niniejszego aneksu rozpoczyna się w dniu jego podpisania. Pozostałe postanowienia umowy licencyjnej pozostają bez zmian. Identyczne dokumenty zostały załączone do oferty ostatecznej. Formularz ofertowy zawiera te same oświadczenia do dysponowania prawami z licencji w zakresie oferowania budowy IOS dla bloków 1 i 2 oraz obiektu D3 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A. i ponoszenia wszelkiej odpowiedzialności przez przystępującego w przypadku jakichkolwiek roszczeń ze strony osób trzecich. Został przedstawiony aneks do umowy licencyjnej z 2004 r., potwierdzający nieprzerwaną kontynuację oraz wyjaśnienie do tłumaczenia anglojęzycznego tekstu tej umowy.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący zarzuca, iż wykonawca Fabryka Kotłów RAFAKO S.A. złożył nieprawdziwe oświadczenia, a treść jego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. Jednocześnie odwołujący kwestionuje wypełnienie przez wybranego wykonawcę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w brzmieniu przekazanym uczestnikom postępowania w celu opracowania i złożenia ofert wstępnych. Wymogi w odniesieniu do dysponowania know-how lub prawami licencyjnymi, autorskimi, patentowymi, czy innymi wynikającymi z praw własności przemysłowej, zostały postawione w wymienionej SIWZ i utrzymane w tej samej formie w specyfikacji przekazanej wykonawcom po przeprowadzonych negocjacjach, wraz z zaproszeniem do złożenia oferty ostatecznej. Fabryka Kotłów RAFAKO S.A. złożyła identyczne dokumenty i oświadczenia w ofercie wstępnej, jak i w ofercie ostatecznej (załącznik Nr 4 i załącznik Nr A3), których treść została zakwestionowana przez odwołującego po powiadomieniu o wyniku postępowania. Zamawiający dokonał badania ofert wstępnych i uznał ofertę wstępną przystępującego Fabryki Kotłów RAFAKO S.A. za niepodlegającą odrzuceniu. Prawo zamówień publicznych stanowi, że załączniki do protokołu udostępnia się po wyborze oferty, lecz zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, protokół postępowania jest jawny i podlega udostępnieniu na wniosek wykonawcy od początku postępowania. Oferty wstępne udostępnia się od dnia zaproszenia do składania ofert (ostatecznych). Stąd należy wywodzić, że odwołujący dochowując należytej staranności - jako profesjonalista, mógł i powinien poznać wiadomość o okolicznościach, które podnosił w proteście wniesionym w dniu 16 lipca 2009 r., już od daty 16 lutego 2009 r., kiedy zamawiający wystosował zaproszenie do składania ofert ostatecznych. W protokole postępowania - Druk ZP -1/NO, poz. 13 widnieje adnotacja o braku ofert wstępnie odrzuconych. Z przeprowadzonych przez Izbę dowodów wynika, że wykonawcy zwracali się

o udostępnienie lub przesłanie odpisów z dokumentacji postępowania, a zamawiający te wnioski realizował bez zwłoki. Przepis art. 180 ust. 1 Pzp stanowi, iż wobec czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu może zostać wniesiony protest, który zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp wnosi się w przypadku postępowania o tej wartości, w terminie 10 dni od dnia w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Aneks z dnia 2 grudnia 2008 r. do umowy licencyjnej, którego ważność odwołujący obecnie kwestionuje, przedstawiony przez przystępującego zarówno w ofercie wstępnej jak i w ofercie ostatecznej, poświadcza obowiązywanie tej umowy w pierwotnym jej brzmieniu, zarazem poświadcza termin trwania licencji, obowiązujący na udzielone w przedmiotowym postępowaniu okresy gwarancyjne. Izba, zgodnie z art. 65 K.c. w związku z art. 14 Pzp, przyjęła za w pełni wiarygodne wyjaśnienie przystępującego, że aneks z 2 grudnia 2008 r. do umowy licencyjnej został sporządzony specjalnie na potrzeby tego postępowania, które wprost wskazuje. termin ważności tego aneksu obowiązuje od daty jego sporządzenia, natomiast umowa licencyjna jest ważna i obowiązująca w odniesieniu do projektu IOS dla bloku 1 i 2 PGE Elektrowni Bełchatów S.A. na okres realizacji tego projektu, łącznie z okresem gwarancyjnym i rękojmi. Wymieniony okres został podany na 9 lat i 2 miesiące, a nie określony oznaczoną datą jego rozpoczęcia, wbrew temu odwołujący wywodził, iż jego bieg rozpoczął się od dnia 3 grudnia 2008 r., zatem uwzględniając faktyczną możliwą datę zawarcia umowy, okres posiadanej licencji nie będzie pokrywał się z terminami udzielonych gwarancji. Takie stanowisko Izba uznaje za nieuprawnione, w świetle przedstawionych dowodów. Ponadto z umowy licencyjnej, wynika, że obejmuje ona zobowiązania licencjobiorcy wobec jego kontrahentów, zaciągnięte w okresie jej obowiązywania. Przedmiotowe dokumenty i oświadczenia były brane przez zamawiającego pod uwagę przy ocenie ofert wstępnych, uznane zostały za odpowiednie i właściwe wypełnienie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz stanowiły, między innymi podstawę do dopuszczenia tego wykonawcy do dalszego etapu postępowania, to znaczy do negocjacji i złożenia oferty ostatecznej. Zgodnie bowiem z art. 58 ust 1 Pzp, zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu. Oświadczenie zawarte w ofercie wstępnej o dysponowaniu prawami z licencji, zabezpieczającymi okresy gwarancyjne, w odniesieniu do którego odwołujący zarzuca, iż poświadcza nieprawdę, mogło być skutecznie weryfikowana w oparciu o jawne dokumenty złożone wraz z ofertą wstępną, od daty jej udostępnienia zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp. Za równie chybioną należy uznać argumentację odwołującego, iż przystępujący złożył przy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nieprawdziwe oświadczenie, iż spełnia podmiotowe warunki udziału, określone w ogłoszeniu o zamówieniu.

Postępowanie prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem jest wieloetapowe. W pierwszej fazie zainteresowani wykonawcy składają wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który jest weryfikowany pod względem spełnienia warunków podmiotowych. Wykonawców, którzy nie spełniają warunków, zamawiający eliminuje z postępowania. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert wstępnych traktuje się jako wykluczonego. W dalszym etapie postępowania wykonawcy niewykluczeni są zapraszani do składania ofert wstępnych (bez podawania ceny), opracowywanych na podstawie przekazanej im SIWZ. Oferty wstępne odnoszą się do oferowanego przedmiotu zamówienia, określonego według wymagań zamawiającego. W przypadku, gdy zamawiający stwierdzi, iż wykonawca nie oferuje przewidzianego świadczenia, eliminuje wykonawcę z postępowania przez odrzucenie oferty wstępnej. Odwołujący stwierdził, iż już na etapie oferty wstępnej, złożonej przez przystępującego, nie odpowiadała ona treści SIWZ, zatem winien złożyć protest na czynność zaniechania odrzucenia tej oferty i dopuszczenia jej do etapu składania ofert ostatecznych. Po przeprowadzonych negocjacjach, zamawiający ma bowiem obowiązek zaprosić wszystkich wykonawców, z którymi je prowadził, do złożenia ofert ostatecznych zawierających cenę. Nie znajduje uzasadnienia stanowisko odwołującego, że nie miał interesu prawnego w żądaniu odrzucenia oferty wstępnej konkurencyjnego wykonawcy oraz, że warunki zamówienia mogły się zmienić w wyniku negocjacji. Właśnie w celu doprecyzowania, czy też uzupełnienia specyfikacji, został przewidziany tryb postępowania - negocjacji z ogłoszeniem, w odniesieniu do bardziej skomplikowanych projektów. Nie ma to jednak żadnego wpływu na podstawy i ustawowy termin odrzucenia oferty wstępnej, nie spełniającej wymagań założonych przez zamawiającego na danym etapie postępowania.

Oprotestowanie wcześniej przeprowadzonych czynności przez zamawiającego, w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jako postępowaniu wieloetapowym, dopiero po wyborze oferty ostatecznej i ujawnieniu, że oferta odwołującego w ustalonych kryteriach wyboru nie jest ofertą najkorzystniejszą, zatem przegrała z ofertą przystępującego, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Podstawy do odrzucenia odwołania Izba ustala z urzędu. Uwzględniając fakt wystosowania do wykonawców zaproszenia do składania ofert ostatecznych w dniu 16 lutego 2009 r. (wg protokołu postępowania), a zarazem obowiązku udostępnienia oferty wstępnej, protest należało wnieść zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, w terminie 10 dni od wymienionej daty.

Z tych względów Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, uznając, że protest został wniesiony z uchybieniem terminu, zatem odwołanie z mocy art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp podlegało obligatoryjnemu odrzuceniu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 6 Pzp. Z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, Izba orzekła na rzecz zamawiającego kwotę 3600,00 zł. w oparciu o złożony rachunek, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.)

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*