

WYROK
z dnia 27 grudnia 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2011 roku przez wykonawcę TurboCare z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Paprotnej 12a, 51-117 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Lwowskiej 23, 40-389 Katowice

przy udziale wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. w Katowicach z siedzibą w Katowicach przy ulicy Gen. Jankego 13, 40-615 Katowice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. w Katowicach z siedzibą w Katowicach przy ulicy Gen. Jankego 13, 40-615 Katowice.

2. Kosztami postępowania obciąża TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Lwowskiej 23, 40-389 Katowice i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TurboCare z

siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Paprotnej 12a, 51-117 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Lwowskiej 23, 40-389 Katowice na rzecz TurboCare z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Paprotnej 12a, 51-117 Wrocław **15 571 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset siedemdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesionego wpisu oraz kosztów stawiennictwa na rozprawie.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Lwowskiej 23, 40-389 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Modernizację turbozespołu TG-1 dla Jednostki Wytwórczej OZE w Elektrowni Jaworzno III - Elektrownia II* opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 21 kwietnia 2011 roku pod numerem 2011/S 128-213153.

30 listopada 2011 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że wybrał do realizacji zamówienia Wykonawcę Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „ZRE Katowice”).

9 grudnia 2011 roku Odwołujący TurboCare z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Paprotnej 12a, 51-117 Wrocław złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wskazując, że Zamawiający naruszył: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa). Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenia badania i oceny ofert, odrzucenia oferty ZRE Katowice jako niezgodnej z treścią SIWZ, wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego nie podlegającej odrzuceniu i zawierającej rozwiązania lepsze niż standardy oczekiwane przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ Zamawiający wbrew obowiązującym przepisom, dokonał wyboru, jako oferty najkorzystniejszej oferty ZRE Katowice, co narusza interes Odwołującego i w sposób oczywisty naraża Odwołującego na wymierną szkodę polegającą na utracie możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający pismem z dnia 18 listopada 2011 roku, wykonując wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 roku sygn. akt KIO 2219/2011, wezwał ZRE Katowice do wyjaśnień m.in. w zakresie

zmiany sprawności turbiny TG-1 w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, prosząc o określenie sposobu wyliczenia danych określających zmiany sprawności turbiny TG-1 w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, jak i warunków odbioru ciepła z turbozespołu (temperatury wody chłodzącej wlot/wylot) dla pracy kondensacyjnej w oparciu o informacje przedstawione przez Wykonawcę w ofercie. Odwołujący podniósł, że w powyżej wskazanym wyroku KIO wskazano, że w przypadku, gdy wyjaśnienia potwierdzą brak wystarczających informacji w ofercie ZRE Katowice do wyliczeń zgodnych z SIWZ tj. wyliczenia zmiany sprawności turbiny, oferta ZRE Katowice powinna podlegać odrzuceniu jako sprzeczna z treścią SIWZ (str. 33 wyroku). Odwołujący wskazał, że dane zmian sprawności, o których mowa powyżej były żądane przez Zamawiającego w pkt 5.1 Cz. B.2. SIWZ (str. 9-10). W piśmie z dnia 21 listopada 2011 roku ZRE Katowice przedstawiła algorytmy, za pomocą których w ocenie ZRE Katowice można określić sprawności turbiny TG-1 w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, jak i warunków odbioru ciepła z turbozespołu (temperatury wody chłodzącej wlot/wylot) dla pracy kondensacyjnej przy zastosowaniu danych znajdujących się w ofercie ZRE Katowice Sp. z o.o. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia ZRE Katowice nie pozwalają na określenie danych zmiany sprawności turbiny TG-I w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, a czego zażądał Zamawiający i dotyczy to wszystkich wariantów określonych szczegółowo w piśmie z dnia 21 listopada 2011 roku Ad. I (str. 1,2). W związku z powyższym, mimo wyraźnego wymogu zawartego w SIWZ określenia powyższych danych zmiany sprawności turbiny TG-I, ZRE Katowice nie przedstawiła danych zmiany sprawności turbiny wymaganych przez Zamawiającego, co czyni ofertę ZRE Katowice niezgodną z treścią SIWZ. Zatem przedmiotowa oferta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, a której to czynności Zamawiający, wbrew przepisom ustawy zaniechał. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt. 1 ustawy, ponieważ nie zastosował się do wyroku KIO z dnia 2 listopada 2011 roku.

KIO w wyroku z dnia 2 listopada 2011 roku uznała, że Wykonawcy opracowując Bazowy Harmonogram Realizacji Kontraktu (dalej: Harmonogram) są zobligowani do uwzględnienia terminów kluczowych realizacji kontraktu, określonych w Artykule V Kontraktu, a zatem terminu gotowości do podania pary (23.04.2012) oraz terminu pierwszej synchronizacji z KSE (15.05.2011) (str. 43,44 wyroku). Z uwagi na to, że ZRE Katowice w swojej ofercie określiła terminy w sposób odmienny niż wymagał tego Zamawiający, KIO uznała za zasadne wezwanie ZRE Katowice do wyjaśnień w powyższej kwestii. Pismem z dnia 18 listopada 2011 roku, w wykonaniu powyższego wyroku, Zamawiający wezwał ZRE Katowice do wyjaśnienia

treści Bazowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu i określenia czy zgodnie z wytycznymi zawartymi w SIWZ (Kontrakt - Cz. C.1. SIWZ Artykuł V, Cz. C.2. SIWZ, str. 19, pkt. 6.5 Cz. B.I. SIWZ, str. 76, pkt. 6.7 Cz. B.I. SIWZ, str. 77-78) Wykonawca w czynnościach pod nazwą „Zakończenie montażu mechanicznego na turbozespolu” zamieścił również etap: „gotowość do podania pary”. Zamawiający poprosił również o wskazanie czy gotowość do podania pary nastąpi do dnia 23 kwietnia 2012 i wyjaśnienie czy czynności przewidziane w ramach wszystkich kolejnych etapów następujących po etapie „Zakończenie montażu mechanicznego na turbozespolu” umożliwiają podanie pary w terminie do 23 kwietnia 2011 roku. ZRE Katowice złożyły w dniu 21 listopada 2011 roku wyjaśnienia, w których potwierdziła, że w pozycji 25 Harmonogramu uwzględniono również etap „Gotowość do podania pary”, a zatem podanie pary nastąpi do dnia określonego przez Zamawiającego. ZRE Katowice wskazała również, że czynności przewidziane po etapie „Zakończenie montażu mechanicznego na turbozespolu” umożliwiają rzekomo podanie pary w dniu 23 kwietnia 2011 roku, ponieważ przez te czynności należy rozumieć przekazanie końcowej dokumentacji technicznej i jakościowej dla danego etapu. Zamawiający w piśmie z dnia 18 listopada 2011 roku poprosił również o potwierdzenie przez ZRE Katowice, że etap „Pierwsza synchronizacja z KSE” nastąpi w dniu 15 maja 2011 roku, co Wykonawca uczynił. Mając na uwadze wyjaśnienia ZRE Katowice z dnia 21 listopada 2011 roku, Zamawiający dokonał, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawienia Harmonogramu ZRE Katowice. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia złożone przez ZRE Katowice nie potwierdzają jakoby etap „gotowość do podania pary” mógł nastąpić w terminie do 23 kwietnia 2012 roku, tj. terminie wymaganym przez Zamawiającego (Kontrakt - Cz. C.1. SIWZ Artykuł V, Cz. C.2. SIWZ, str. 19, pkt. 6.5 Cz. B.I. SIWZ, str. 76, pkt. 6.7 Cz. B.I. SIWZ, str. 77-78). W żaden sposób nie można wywieść z oferty ZRE Katowice by czynności wskazane pomiędzy pozycją 25 i 35 Harmonogramu dotyczyły przekazywania dokumentacji dotyczącej prac, zakończonych przed dniem 23 kwietnia 2012 roku. Należy zauważyć, że opisy wskazane w pozycjach do pkt 25 Harmonogramu dotyczą kompletnie innych czynności niż opisy czynności wskazanych po pkt 25. Na podstawie wyjaśnień złożonych przez ZRE Katowice nie można wywieść powyższego wniosku, tym bardziej, że wyjaśnienia te są bardzo ogólne i w ocenie Odwołującego na ich podstawie Zamawiający nie może poprawić oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W ocenie Odwołującego ZRE Katowice w ogóle nie przedstawiła ram czasowych poszczególnych czynności, niezbędnych do przygotowania turbozespołu do podania pary. Wykonawca ten nie wykazał również, że niezgodności w treści Harmonogramu są wynikiem omyłki. Ani z treści wyjaśnień ani z treści Harmonogramu nie można wysnuć takiego wniosku. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia ZRE Katowice są nielogiczne, nierzetelne

i nieuzasadnione treścią Harmonogramu. Według Odwołującego niezrozumiałe i sprzeczne z przepisami ustawy jest dokonanie przez Zamawiającego poprawienia Harmonogramu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ponieważ w istocie korekta dokonana przez Zamawiającego powoduje istotną zmianę treści oferty Wykonawcy, co jest niezgodne z obowiązującymi przepisami. Przejawem niezgodnej z przepisami ustawy zmiany treści oferty jest również zmiana daty pierwszej synchronizacji z KSE. Wykonawca w ogóle nie wyjaśnił dlaczego w ofercie zaproponował jako datę pierwszej synchronizacji z KSE dzień 17 maja 2012 roku zamiast 15 maja 2012 roku jak wymagał tego Zamawiający. W związku z tym nie jest zrozumiałe na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że ZRE Katowice omyłkowo zastrzegła odmienny niż z wymagał Zamawiający termin pierwszej synchronizacji z KSE. W ocenie Odwołującego dokonanie korekty oferty ZRE Katowice prowadzi do dokonania istotnych zmian w treści oferty ZRE Katowice, ponieważ zmiany dotyczą kwestii, mających istotne znaczenie dla oczekiwań Zamawiającego i sposobu realizacji zamówienia. Należy podkreślić, że kluczowe terminy, wymagane przez Zamawiającego w SIWZ są synchronizowane z terminami innych inwestycji przeprowadzanych u Zamawiającego, co potwierdził również Zamawiający na rozprawie z dnia 26-27 października 2011 roku. W ocenie Odwołującego biorąc powyższe pod uwagę, dokonanie zmian treści oferty przez Zamawiającego na podstawie wyjaśnień ZRE Katowice w istocie prowadzi do niezgodnych z przepisami ustawy negocjacji złożonej oferty i w konsekwencji dokonania nieuprawnionej zmiany treści oferty ZRE Katowice, co również narusza art. 87 ust. 1 ustawy. Odwołujący zaznaczył, że w wyroku KIO wyraźnie zaznaczono, że Zamawiający jest zobligowany do rozważenia czy wyjaśnienia ZRE Katowice mogą być podstawą do poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia ZRE Katowice nie mogą być podstawą do dokonania korekty oferty w trybie powołanego powyżej przepisu. Niewątpliwie oferta ZRE Katowice jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt. 1 ustawy, ponieważ nie zastosował się do wyroku KIO z dnia 2 listopada 2011 roku.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 2 listopada 2011 roku, Zamawiający miał zwrócić się do ZRE Katowice o wyjaśnienia w zakresie przedstawionych w ofercie krzywych korekcyjnych, w szczególności w odniesieniu do równoważności zastosowanego parametru mocy elektrycznej i mocy na wale turbiny oraz możliwości wykorzystania przedstawionych krzywych korekcyjnych dla celów określonych przez Zamawiającego, tzn. korygowania odchyłek paramentów obliczeniowych od parametrów odniesienia dla gwarantowanych parametrów technicznych (mocy mechanicznej na wale turbiny). Parametry odniesienia

dla gwarantowanych parametrów technicznych określone zostały w pkt. 9.4 Cz. B.I. SIWZ, str. 95. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia Wykonawcy ZRE Katowice nie potwierdzają, aby krzywe korekcyjne mocy elektrycznej, załączone do oferty korygowały moc na wale turbiny do warunków odniesienia dla gwarantowanych parametrów technicznych wymaganych w SIWZ oraz potwierdzonych w ofercie ZRE Katowice m.in. w pkt. 4.4. oraz 4.5. (str. 131-132 oferty ZRE Katowice). ZRE Katowice w wyjaśnieniach z dnia 21 listopada 2011 mówi o hipotetycznym pomiarze ciśnienia i temperatury w nieistniejącej rurze i określeniu dla niej sprawności, a także innych danych, które nie zostały podane w ofercie. Tymczasem Zamawiający wymagał, aby wszystkie niezbędne dane były przedstawione w ofercie. Nie sposób również z wyjaśnień ZRE Katowice wywieść, że przedstawienie krzywych korekcyjnych mocy elektrycznej turbozespołu zamiast krzywych mocy na wale turbiny jest rozwiązaniem lepszym. Wobec powyższego należy jednoznacznie stwierdzić, że oferta ZRE Katowice nie odpowiada treści SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

12 grudnia 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Gen. Jankego 13, 40-615 Katowice.

Zgłaszający przystąpienie w następujący sposób argumentował swoje stanowisko: odwołanie powinno zostać odrzucone ponieważ odwołanie zostało złożone przeciwko czynności jaka została dokonana przez Zamawiającego tj. wyboru oferty wykonawcy Zakłady remontowe Energetyki Sp. z o.o. – podmiot ten w toku całego postępowania nie brał udziału w postępowaniu, nie figuruje w Krajowym Rejestrze Sądowym, natomiast Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty poinformował o wyborze oferty wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach. Odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy, ponieważ dotyczy czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 2 listopada 2011 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2219/11 – Zamawiający wywiązał się ze wszystkich postanowień nałożonych na niego wymienionym wyrokiem, dokonał powtórnej oceny ofert i dokonał w efekcie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający przed posiedzeniem Izby 20 grudnia 2011 roku złożył pismo „Odpowiedź na odwołanie”, wniósł o odrzucenie odwołania a na wypadek gdyby odwołanie nie zostało odrzucone wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż Odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. W przedmiotowym postępowaniu został wydany wyrok z dnia 2 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2219/11), zwany dalej „wyrokiem KIO”. Zgodnie z sentencją wyroku KIO, Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu. Ostatni fragment sentencji wyroku KIO ma daleko idące znaczenie w niniejszej sprawie. KIO w uzasadnieniu, w celu uniknięcia toczenia powtórnego postępowania w tej sprawie w niezwykle szczegółowy sposób oceniła zarzuty i wskazała Zamawiającemu drogę dalszego postępowania (zwrócenie się do ZRE Katowice S.A. o udzielenie wyjaśnień i ewentualne poprawienie omyłek). Stanowisko KIO było do tego stopnia wnikliwe, że nawet precyzowało sposób zachowania się Zamawiającego w zależności od tego, jaka będzie odpowiedź ZRE Katowice na wezwanie do udzielenia wyjaśnień. Tym niemniej, w części (w zakresie w jakim KIO uznała zarzuty odwołania w tamtej sprawie za zasadne) wymagało przedstawienia w formie wyjaśnień do oferty, a także poprawienia oferty w drobnym zakresie (przez Zamawiającego), tak aby stanowisko to współtworzyło treść oświadczenia woli będącego podstawą zobowiązania ZRE Katowice. Dlatego KIO mogła określić konsekwencje oświadczeń złożonych przez ZRE Katowice w trybie udzielania wyjaśnień oraz odnieść się do dopuszczalności złożenia takich wyjaśnień. Dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający ściśle oparł się na tych wskazaniach. Tymczasem Odwołanie złożone przez Odwołującego stanowi w istocie polemikę z wyrokiem KIO. Szczególnie wyraźnie widać to w zakresie zarzutu odwołania dotyczącego Bazowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu, gdzie argumentacja Odwołującego wyczerpuje się na polemice z uzasadnieniem wyroku KIO. W odniesieniu do podstaw odrzucenia odwołania w zakresie poszczególnych zarzutów, Odwołujący wskazał:

W zakresie zarzutu dotyczącego zmian sprawności turbiny w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, jak i warunków odbioru ciepła z turbozespołu dla pracy kondensacyjnej Izba nakazała wezwanie Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień co do sposobu dokonania przedmiotowych wyliczeń w oparciu o przedstawione w ofercie informacje, które potwierdziłyby jednoznacznie możliwość uzyskania przez Zamawiającego danych, jakich oczekiwał. Wykonawca - ZRE Katowice złożył na wezwanie Zamawiającego odpowiednie wyjaśnienia, które potwierdziły spełnienie wymagań Zamawiającego określonych w punkcie 5.1. Części B.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”). Jednocześnie, Zamawiający podkreśla, iż KIO wskazała, że

kwestia ta ma jedynie charakter informacyjny, a zamiar ZRE Katowice co do złożenia Oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego nie budzi wątpliwości (s. 33 wyroku KIO).

W zakresie zarzutu dotyczącego Bazowego Harmonogramu Realizacji Inwestycji Izba nakazała wyjaśnienie wątpliwości dotyczących terminów przewidzianych w Bazowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu w zakresie ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego i rozważanie poprawienia oferty ZRE zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wykonawca - ZRE Katowice złożył na wezwanie Zamawiającego odpowiednie wyjaśnienia, które potwierdziły spełnienie wymagań Zamawiającego określonych w Części C SIWZ. Po analizie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonał poprawienia omyłki w ofercie ZRE Katowice w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W zakresie tego zarzutu KIO udzieliła Zamawiającemu ścisłych wytycznych oraz wprost wskazała, że poprawienie omyłki jest dopuszczalne. W wyroku KIO wskazano, że „Izba nie podziela natomiast stanowiska Odwołującego, iż brak jest możliwości ewentualnego poprawienia powyższych błędów, w tym daty Pierwszej Synchronizacji z KSE, co do której bez wątpienia Wykonawca zawarł błędną datę graniczną, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a dopiero stwierdzenie niemożliwości takiej poprawy warunkuje odrzucenie oferty jako sprzecznej z treścią SIWZ. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ a także możliwość usunięcia takiej niezgodności w drodze poprawienia omyłek innych niż pisarskie i rachunkowe, powinna być odrębnie badana w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności. W ocenie Izby podstawą do dokonania poprawek jest ustalenie popełnienia przez Wykonawcę pomyłki oraz jej istotności. Skoro zatem Wykonawca ZRE Katowice zaakceptował wzór Kontraktu, który jednoznacznie wskazywał kluczowe terminy, w pozostałym zakresie terminy zawarte w Bazowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu są spójne (tj. zakończenie ruchu próbnego turbozespołu i podpisanie protokołu przejęcia określone zostało w wymaganych terminach), a sam zamawiający przewidział możliwość korekt w Bazowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu, brak jest podstaw dla uznania, iż doprecyzowanie i poprawa Harmonogramu są niedopuszczalne z uwagi na istotność zmian, których należałoby dokonać”. Odwołujący w swym odwołaniu polemizuje z powyższym stanowiskiem. Wskazuje bowiem, że „według Odwołującego niezrozumiałe i sprzeczne z przepisami Ustawy jest dokonanie przez Zamawiającego poprawienia Harmonogramu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, ponieważ w istocie korekta dokonana przez Zamawiającego powoduje istotną zmianę treści oferty Wykonawcy, co jest niezgodne z obowiązującymi przepisami. Przejawem niezgodnej z przepisami Ustawy zmiany treści oferty jest również zmiana daty pierwszej synchronizacji z KSE. (...)” (s. 4 Odwołania).

W zakresie zarzutu dotyczącego załączonych w Ofercie ZRE Katowice krzywych korekcyjnych Izba nakazała wszczęcie procedury wyjaśnień treści Oferty w zakresie przedstawionych krzywych korekcyjnych, w szczególności w odniesieniu do równoważności zastosowanego parametru oraz możliwości wykorzystania przedstawionych krzywych korekcyjnych dla celów wskazanych w SIWZ. Wykonawca - ZRE Katowice złożył na wezwanie Zamawiającego odpowiednie wyjaśnienia, które potwierdziły spełnienie wymagań Zamawiającego określonych w Części B.1 i B.2. SIWZ. ZRE Katowice przedstawiło w tym zakresie argumentację prezentowaną uprzednio na rozprawie i co do zasady zaakceptowaną przez KIO. Wymagała ona jednak potwierdzenia w formie wyjaśnień do oferty. Powyższe wskazuje na konieczność odrzucenia odwołania.

Z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosku Zamawiającego o odrzucenie Odwołania, Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości. Przed odniesieniem się do poszczególnych zarzutów Zamawiający podkreśla, iż Odwołanie dotyczy czynności, której Zamawiający nie podjął. Zamawiający wybrał ofertę ZRE Katowice Spółka Akcyjna, a nie ZRE Katowice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Wszelkie zarzuty dotyczące wyboru ZRE Katowice spółka z ograniczoną odpowiedzialnością są więc chybione. Zamawiający bowiem takiej oferty nie wybrał.

W zakresie zarzutu dotyczącego zmian sprawności turbiny w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, jak i warunków odbioru ciepła z turbozespołu dla pracy kondensacyjnej - Zamawiający zgodnie z wyrokiem KIO wystąpił w dniu 18 listopada 2011 r. pismem znak DB/DB/JAW OZE/W/02384/201 o wyjaśnienie treści oferty. W dniu 21 listopada 2011 r. pismem znak HO/KR/974/11 ZRE Katowice złożył wyjaśnienia w kwestii zarzutu dotyczącego zmian sprawności turbiny w funkcji obciążenia i zamieścił sposoby obliczenia danych określających zmiany sprawności turbiny TG-1 na podstawie danych zamieszczonych w ofercie. Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za wystarczające. Odwołujący w Odwołaniu stwierdził lakonicznie, że wyjaśnienia ZRE Katowice nie pozwalają na określenie danych zmiany sprawności turbiny TG-1 w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, natomiast nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swojej tezy. Zamawiający podtrzymuje swoją decyzję o zaakceptowaniu wyjaśnień ZRE Katowice.

W zakresie zarzutu dotyczącego Bazowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu zgodnie z wyrokiem KIO - wątpliwości dotyczące terminów przewidzianych w Bazowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu w zakresie ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego powinny być przedmiotem wyjaśnienia ze strony ZRE Katowice. Po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający powinien rozważyć poprawienie oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający

dokonał wnikliwej analizy złożonych przez ZRE Katowice w piśmie z dnia 21 listopada 2011 r. (znak: HO/KR/974/11) wyjaśnień w zakresie Bazowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu i uznał, że wyjaśnienia Wykonawcy są wystarczające dla uznania oferty ZRE Katowice za zgodną z SIWZ oraz dla dokonania korekty omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy. W swoich wyjaśnieniach Wykonawca jednoznacznie potwierdził, że gotowość do podania pary nastąpi od dnia 23 kwietnia 2012 r. (pkt. IV. 1. wyjaśnień), a pierwsza synchronizacja z KSE nastąpi do dnia 15 maja 2012 r. (punkt IV.3. wyjaśnień). Dodatkowo, w punkcie IV.2. w/w pisma, Wykonawca złożył wyjaśnienia dotyczące czynności wykonywanych w końcowych etapach Realizacji opisanych w Bazowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu. Zamawiający podkreślił, że omyłki Wykonawcy mają jednoznacznie charakter innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy). W wyroku KIO wydanym w przedmiotowym postępowaniu Izba stwierdza: „W orzecznictwie tak Izby, jak i sądów powszechnych, ukształtował się pogląd, iż odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp zamawiający może dokonać jedynie w sytuacji, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma charakter merytoryczny oraz niemożliwy do usunięcia. O niezgodności o charakterze merytorycznym można mówić wówczas, gdy zaoferowane przez wykonawcę świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji wymaganiom zamawiającego w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości czy warunków realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma natomiast charakter nieusuwalny w sytuacji, gdy nie można dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.” „Czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i Zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Niewątpliwie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp ma charakter nieostrej i oceny. Sama okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy lub elementów uznanych za istotne przez Zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny ofert, nie stanowi okoliczności uzasadniającej odstąpienie przez zamawiającego od dokonania poprawy”. Zamawiający nie wymagał wyjaśnienia od Wykonawcy, dlaczego w ofercie zaproponował jako datę pierwszej synchronizacji z KSE dzień 17 maja 2012 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o potwierdzenie, że Pierwsza Synchronizacja z KSE nastąpi do dnia 15 maja 2012 r. Żaden przepis ustawy nie nakazuje wyjaśniania przyczyn omyłki.

W zakresie zarzutu dotyczącego załączonych w ofercie ZRE Katowice krzywych korekcyjnych, Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z wyrokiem KIO wystąpił w dniu 18 listopada 2011 r. pismem znak DB/DB/JAW OZE/W/02384/201 o wyjaśnienie treści oferty. W dniu 21 listopada 2011 r. pismem znak HO/KR/974/11 ZRE Katowice złożył wyjaśnienia w kwestii

zarzutu dotyczącego krzywych korekcyjnych i zamieścił sposoby obliczenia danych niezbędnych do wyliczenia krzywych korekcyjnych na podstawie danych zamieszczonych w ofercie. Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za wystarczające. Odwołujący w Odwołaniu stwierdził lakonicznie, że wyjaśnienia ZRE Katowice nie potwierdzają, aby krzywe korekcyjne mocy elektrycznej załączone do oferty, korygowały moc na wale turbiny do warunków odniesienia dla gwarantowanych parametrów technicznych, natomiast nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swojej tezy. Odwołujący zarzuca również, że z wyjaśnień ZRE Katowice nie sposób wywieść, że przedstawienie krzywych korekcyjnych mocy elektrycznej turboszespołu zamiast krzywych mocy na wale turbiny jest rozwiązaniem lepszym. Odwołujący zdaje się nie zauważać wyjaśnień ZRE Katowice zawartych w piśmie znaj HO/KR/974/11 pkt. II.3., gdzie ZRE Katowice wyjaśnia dlaczego przedstawienie krzywych korekcyjnych mocy elektrycznej turboszespołu zamiast krzywych mocy na wale turbiny jest rozwiązaniem lepszym. Zamawiający podtrzymuje swoją decyzję o zaakceptowaniu wyjaśnień ZRE Katowice. Dodatkowo, Zamawiający w Załączniku nr 2 do niniejszej odpowiedzi na odwołanie zamieszcza obliczenia mocy na wale turbiny przy korekcji krzywymi korekcyjnymi zmierzonej mocy elektrycznej na zaciskach generatora. Z załączonych obliczeń w sposób jednoznaczny wynika spełnienie wymagań Zamawiającego określonych w Części B.1 i B.2. SIWZ.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 grudnia 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

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

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. w Katowicach z siedzibą w Katowicach przy ulicy Gen. Jankego 13, 40-615 Katowice. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 9 grudnia 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. w Katowicach z siedzibą w Katowicach przy ulicy Gen. Jankego 13, 40-615 Katowice - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpień doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu. Izba uznała, iż Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. w Katowicach z siedzibą w Katowicach przy ulicy Gen. Jankego 13, 40-615 Katowice stały się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego:

- wyciąg z książki pana Tadeusza N. na okoliczność pokazania, że dane zwarte w ofercie przystępującego do obliczenia sprawności maszyny są niepoprawne i uniemożliwiają wyliczenie sprawności, która była wymagana w SIWZ. (dowód nr 1) i wykres z turbiny 10CK60 nr 1 w Elektrowni Jaworzno 2 udostępnionej przez zamawiającego (dotyczy to turbiny będącej przedmiotem tego zamówienia) (dowód nr 2),

- zapytanie wraz z udzieloną odpowiedzią tj. opinią dotyczącą możliwości wyznaczenie sprawności turbiny TG-1 funkcji obciążenia na podstawie zaproponowanego algorytmu (dowód nr 3) na okoliczność, iż dane zawarte w ofercie uczestnika a następnie powołane w wyjaśnieniach nie zezwalają na obliczenie sprawności turbiny tak jak wymagał tego zamawiający w SIWZ,
- wydruk ze strony internetowej Zamawiającego na okoliczność wykazania że wymagane w SIWZ terminy są istotne dla innych realizacji inwestycji prowadzonych przez Zamawiającego tym samym są istotnymi elementami złożonej oferty (dowód nr 4),
- wyciąg z instrukcji eksploatacji turbozespołu nr 1 10CK60 (rozdział 1 str. 10) (dowód nr 5) na okoliczność wykazania, że niezbędnym do uruchomienia turbiny czyli gotowości do podania pary jest przedstawienie protokołu czyli dokumentacji jakościowej z prawidłowego montażu turbozespołu, co wynika z instrukcji eksploatacji turbozespołu objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia,
- własne opracowanie jako dowód na okoliczność, że krzywe korekcyjne załączone do oferty ZRE Katowice nie umożliwiają korekcji gwarantowanego parametru technicznego (moce na wale turbiny) do warunków zdefiniowanych w SIWZ (dowód nr 6).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3.* Jednocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści*

złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1 a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści - oraz naruszenie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy – Zamawiający poprawia w ofercie (...) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści ofert – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona - . Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy w związku z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy - Uwzględniając odwołanie, Izba może: jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.

Zarzut drugi:

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że w art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Wyjaśnienia z art. 87 ust 1 dotyczy wszystkich elementów treści oferty - Zamawiający dokonując wyboru oferty w postępowaniu nie może pozostawić elementów oferty niejasnych, które w efekcie mogą doprowadzić do nienależytego wykonania

zamówienia. Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne. Jednakże w zakresie uprawnienia Zamawiającego nie mieści się prowadzenie żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu a także dokonanie jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2.

Istotnym i znamionym jest również fakt, iż wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty). Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 1092/09). Nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust.2 ustawy stanowi kanon stosowania art. 87 ust.1 ustawy (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 sierpnia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 992/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1324/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1281/09).

Nowelizacje ustawy Prawo zamówień publicznych, mające na celu odformalizowanie zbyt sformalizowanych elementów procedury udzielenia zamówienia publicznego pozwalają w obecnym brzmieniu ustawy Zamawiającemu na dokonywanie w złożonych ofertach wyjaśnień zarówno treści oferty jak i treści złożonych dokumentów. W konsekwencji wyjaśnień, dokonanie poprawek w treści oferty. Wynika to wprost z brzmienia art. 87 ust. 2 ustawy *Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.* Natomiast oferty zawierające inne omyłki, których nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy podgają odrzuceniu i stanowi to obowiązek Zamawiającego, który płynie z treści art. 89 ust.1.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Szczególny charakter tego przepisu wskazuje, że jego stosowanie musi mieć pewne granice, które są wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1516/08). Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez Zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Na uwagę zasługuje fakt, iż uwzględniając, że oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, które zawiera propozycję zawarcia umowy, to na podstawie przywołanego powyżej przepisu możliwa jest ingerencja w oświadczenie wykonawcy. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku sygn. akt XII Ga 102/09). Niewątpliwie treść oferty zawiera istotne postanowienia, które zawierać będzie umowa czyli w szczególności postanowienia dotyczące przedmiotu zamówienia i ceny, ale oczywiście katalog ten jest otwarty i nie ma możliwości jego jednoznacznego zdefiniowania (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11/09; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 11516/08; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 246/09).

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego Bazowy Harmonogram Realizacji Kontraktu Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 listopada 2011 roku sygn. akt KIO 2219 /11 uznała, że: *Zamawiający w SIWZ (Kontrakt – Cz. C.1. SIWZ Artykuł V, Cz. C.2. SIWZ, str. 19, pkt. 6.5 Cz. B.1. SIWZ, str. 76, pkt. 6.7 Cz. B.1. SIWZ, str. 77-78) żądał przedłożenia w Ofercie Załącznika nr 8 – Bazowy Harmonogram Realizacji Kontraktu, przy czym zastrzegł, że Wykonawcy są zobowiązani do uwzględnienia w harmonogramie kluczowych terminów, określonych przez Zamawiającego. Jednym z kluczowych terminów, zastrzeżonych przez Zamawiającego jest Termin gotowości do podania pary - do 23 kwietnia 2012. W harmonogramie ZRE Katowice (str. 501 oferty) nie uwzględniono wytycznych Zamawiającego i określono termin zakończenia montażu na dzień 15 maja 2012 r. i uruchomienie obracarki na dzień 14 maja 2012 r. W SIWZ Zamawiający wskazał, że Pierwsza synchronizacja z KSE musi*

nastąpić do 15 maja 2012 r., natomiast w Harmonogramie Realizacji Kontraktu ZRE Katowice określono jako datę przedmiotowej czynności 17 maja 2012 r.

W zakresie powyższego zarzutu stwierdzić należy, iż istotnie w SIWZ przewidziano, że Bazowy Harmonogram Realizacji Kontraktu powinien uwzględniać kluczowe daty realizacji Kontraktu określone w Artykule V, a daty te obejmowały m.in. gotowość do podania pary do 23 kwietnia 2012 r. i Pierwszą Synchronizację z KSE do 15 maja 2012 r. Ponadto, przygotowując Załącznik nr 8 Wykonawca powinien pamiętać, iż miał on umożliwiać wypełnienie pkt 5.2.5 w Artykule V Kontraktu oraz pkt 6.1.5 Artykułu VI Kontraktu, aby terminy podane przez Wykonawcę w Załączniku nr 8 były takie same jak terminy w pkt 5.2. Artykułu V Kontraktu i pkt 6.1 Artykułu VI Kontraktu. Równocześnie Zamawiający dopuszczał skorygowanie ewentualnych nieprawidłowości w Harmonogramie w Części C SIWZ Wytyczne do opracowania Załącznika nr 8: „Bazowy Harmonogram Realizacji Kontraktu złożony przez Wykonawcę w Ofercie może być przedmiotem dodatkowych uzgodnień / uszczegółowień/doprecyzowań Zamawiającego z wybranym Wykonawcą przed podpisaniem Kontraktu i może być nieznacznie zmieniony, ale przy zachowaniu zapisów i wymagań w Artykule V Kontraktu.” Wykonawca ZRE Katowice zaakceptował w całości Artykuł V Kontraktu, jak i pozostałe postanowienia Kontraktu, a zatem także kluczowe daty jego wykonania, w tym termin zakończenia. Odnosząc się do zawartości Bazowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu zawartego w Ofercie ZRE Katowice w zakresie wskazania terminu gotowości do podania pary stwierdzić należy, iż nie posługuje się on takim pojęciem. W treści Bazowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu brak jednoznacznego określenia daty gotowości do podania pary. W ocenie Zamawiającego termin gotowości do podania pary wskazany został w pkt 25 jako zakończenie montażu mechanicznego na turbozespołe, które przewidziane jest na 23 kwietnia 2012 r. Oznacza on dla Zamawiającego termin gotowości do podania pary, ponieważ parę podaje się na turbozespołe. Zamawiający stwierdzał, iż nie budziło jego wątpliwości, iż jest to właśnie termin gotowości do podania pary, więc nie wyjaśniał tej okoliczności z Wykonawcą. Podobne stanowisko reprezentował Wykonawca ZRE Katowice, podnosząc, iż zakończenie montażu mechanicznego na turbozespołe jest równoznaczne z gotowością układu do podania pary. Inne czynności wskazane w Harmonogramie z datami późniejszymi określane m.in. jako montaż dotyczyć miałyby głównie przekazywania dokumentacji, a nie bezpośrednio czynności montażowych. Zakończenie montażu mechanicznego oznacza, że wszystkie elementy turbozespołu będą zamontowane, a pozostałe wskazane czynności odnoszą się do dokumentacji. Spornym był także termin uruchomienia obracarki przewidziany na 14 maja 2012 r., co zdaniem Odwołującego jest niezbędne dla podania pary. Zamawiający nie był w stanie jednoznacznie wyjaśnić, czy

uruchomienie obracarki stanowi element wymagany dla przyjęcia gotowości do podania pary ani charakteru czynności wskazanych w Bazowym Harmonogramu Realizacji Kontraktu zawartym w Ofercie ZRE Katowice, których daty określono na po 23 kwietnia 2012 r., a które zdaniem Odwołującego były niezbędnymi czynnościami poprzedzającymi gotowość do podania pary. Podnosił tylko, iż Bazowy Harmonogram Realizacji Kontraktu ma charakter wyłącznie wstępny, przewidział procedurę jego uaktualniania, stąd nie przywiązywał kluczowej wagi do pewnych wątpliwości, które mogły się pojawić w oparciu o treść Harmonogramu. Tym samym Zamawiający sam niejako przyznał, iż nie dokonał prawidłowego badania Oferty ZRE Katowice w tym zakresie. Istotnie Bazowy Harmonogram Realizacji Kontraktu mógł podlegać dodatkowym uzgodnieniom, uszczegółowieniom, doprecyzowaniom czy zmianom, jednak wszystkie te czynności mogły dokonywać się tylko przy zachowaniu zapisów i wymagań dotyczących kluczowych terminów realizacji Kontraktu określonych w Artykule V, a tam jednoznacznie wskazano na 23 kwietnia 2012 r. jako termin gotowości do podania pary. Jeżeli zatem Zamawiający nie był w stanie jednoznacznie ustalić, czy termin ten jest przez Wykonawcę ZRE Katowice zachowany, zobligowany był do wyjaśnienia treści Oferty w tym zakresie. Zamawiający nie może posilkować się tylko ogólną akceptacją treści Kontraktu w zakresie terminów oraz zachowaniem końcowego terminu realizacji zamówienia, skoro sam przewidział wymóg, aby Bazowy Harmonogram Realizacji Kontraktu respektował także terminy cząstkowe określone w Artykule V Kontraktu. Zamawiający niesłusznie zatem zaniechał wyjaśnienia powyższych okoliczności. Podobnie niesłusznie zaniechał wyjaśnienia odmiennej niż w Artykule V daty Pierwszej Synchronizacji z KSE – termin 17 maja 2012 r. w miejsce 15 maja 2012 r. jasno wynikał z Bazowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu, a zatem był sprzeczny z wymogiem Zamawiającego. Jak to już wskazano, weryfikacja Bazowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu może odbywać się w granicach terminów kluczowych wyznaczonych przez Artykuł V SIWZ, tj. Zamawiający musi mieć pewność, iż poszczególne daty graniczne przez niego wyznaczone będą przez Wykonawcę zachowane. Zdaniem Izby powyższe wątpliwości dotyczące terminów przewidzianych w Bazowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu w zakresie ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego powinny być przedmiotem wyjaśnienia ze strony ZRE Katowice. Izba nie podziela natomiast stanowiska Odwołującego, iż brak jest możliwości ewentualnego poprawienia powyższych błędów, w tym daty Pierwszej Synchronizacji z KSE, co do której bez wątpienia Wykonawca zawarł błędną datę graniczną, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a dopiero stwierdzenie niemożliwości takiej poprawy warunkuje odrzucenie oferty jako sprzecznej z treścią SIWZ. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ a także możliwość usunięcia takiej

niezgodności w drodze poprawienia omyłek innych niż pisarskie i rachunkowe, powinna być odrębnie badana w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności. W ocenie Izby podstawą do dokonania poprawek jest ustalenie popełnienia przez Wykonawcę omyłki oraz jej istotności. Skoro zatem Wykonawca ZRE Katowice zaakceptował wzór Kontraktu, który jednoznacznie wskazywał kluczowe terminy, w pozostałym zakresie terminy zawarte w Bazowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu są spójne (tj. zakończenie ruchu próbnego turbozespołu i podpisanie protokołu przejęcia określone zostało w wymaganych terminach), a sam Zamawiający przewidział możliwość korekt w Bazowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu, brak jest podstaw dla uznania, iż doprecyzowanie i poprawa Harmonogramu są niedopuszczalne z uwagi na istotność zmian, których należałoby dokonać. Możliwość dokonania poprawy treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odnosi się bowiem do istotności omyłki, a nie jej oczywistości. W ocenie Izby okoliczność, że poprawienie dotyczyć może m.in. terminów określonych jako kluczowe, o ile Zamawiający oceni, iż wyjaśnienia Wykonawcy stwarzają podstawę dla dokonania takiej poprawy, tj. Wykonawca omyłkowo podał terminy niespójne z terminami kluczowymi, nie wyłącza uznania ich za tzw. inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym zarzut Odwołującego, iż Oferta z uwagi na powyższe niezgodności podlega odrzuceniu jest przedwczesny. Zamawiający winien bowiem wyjaśnić treść Oferty w tym zakresie i rozważyć jej poprawienie zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający zgodnie z orzeczeniem wezwał wykonawcę ZRE Katowice pismem z dnia 18 listopada 2011 roku do złożenia wyjaśnień dotyczących nie zamieszczenia w harmonogramie etapu pod nazwą „Gotowość do podania pary” zwracając się do ZRE Katowice o potwierdzenie, że w ramach etapu „Zakończenie montażu mechanicznego na turbozespołe” mieści się również etap „Gotowość do podania pary” Zamawiający prosi o potwierdzenie, że gotowość do podania pary nastąpi do dnia 23 kwietnia 2012 roku. Zamawiający również zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie czy czynności Wykonawcy przewidziane w ramach wszystkich kolejnych etapów następujących po etapie „Zakończenie montażu mechanicznego na turbozespołe” umożliwiają podanie pary w wymaganym przez Zamawiającego terminie, tj do 23 kwietnia 2012 roku. Zamawiający zwrócił się również do ZRE Katowice o potwierdzenie, że Pierwsza Synchronizacja z KSE nastąpi do dnia 15 maja 2012 roku.

Wykonawca ZRE Katowice pismem z 21 listopada 2011 roku udzielił wyjaśnień, wskazał że; po pierwsze w bazowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu (strona 501 oferty) w ramach etapu „Zakończenia montażu mechanicznego na turbozespołe” poz. 25, uwzględniono

również etap „Gotowość do podania pary”. Tym samym potwierdzamy, że gotowość do podani pary nastąpi do dnia 23. 04.2012 r.” W wyjaśnieniach ZRE Katowice potwierdziły również, że czynności przewidziane w ramach wszystkich kolejnych etapów następujących po etapie „Zakończenie montażu mechanicznego na turbozespolu” w bazowym Harmonogramie Realizacji Prac umożliwiają podanie pary w wymaganym przez Zamawiającego terminie tj. do dnia 23.04.2012 r. przez kolejne etapy pracy należy rozumieć zakończenie wszelkich prac łącznie z przekazaniem końcowej dokumentacji technicznej i jakościowej dla danego etapu. W związku z powyższym wyjaśniamy dodatkowo, że etapy te można podzielić na dwie części tzn. zakończenie wszelkich prac danego etapu nastąpi do dnia 22.04.2012r. (jako część pierwsza) oraz przekazanie końcowej dokumentacji technicznej i jakościowej dla danego etapu (jako część druga). Tym samym potwierdzamy, że data 23.04.2012 jest terminem zakończenia wszystkich czynności montażowych koniecznych do uzyskania przez turbinę TG-1 gotowości do podania pary. Wykonawca ZRE Katowice potwierdził również, że etap „Pierwsza Synchronizacja z KSE” nastąpi do dnia 15.05.2012r. zgodnie z punktem 5.2.7 Artykułu V Kontraktu.

W wyniku złożonych wyjaśnień Zamawiający pismem z dnia 22 listopada 2011 roku dokonał na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, które nie powodują istotnych zmian treści oferty. Zamawiający dodał nowe pozycje do harmonogramu (pozycje od 24a do 24 h), po pozycji 25 dodał pozycję 25a zatytułowaną „Gotowość podani pary” z terminem wykonania na dzień 23 kwietnia 2012 roku, w pozycji 37 zatytułowanej „Pierwsza synchronizacja z KSE” zmienił termin wykonania synchronizacji na dzień 15 maja 2012 roku. Zamawiający w pozycjach od 26 do 30, 32, 34 i 36 zmienił brzmienie tytułu pozycji dodając w każdej z nich treść „- przekazanie dokumentacji”.

Uwzględnivszy orzeczenie KIO z 2 listopada 2011 roku oraz stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że dokonane przez Zamawiającego w wyniku uzyskania wyjaśnień co do treści oferty czynności zostały zrealizowane w sposób prawidłowy.

Izba dopuściła dowód z wydruków ze strony internetowej Zamawiającego złożony przez Odwołującego na okoliczność wykazania, że wymagane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia terminy są istotne dla innych realizacji inwestycji prowadzonych przez tego Zamawiającego czyli są istotnymi elementami złożonej oferty. Jednakże dowód ten w ocenie Izby nie ma wystarczającej mocy dowodowej i nie można na jego podstawie oprzeć twierdzenia dotyczącego istotności terminów. Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że

daty jakie zostały określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz daty, które zostały zawarte na stronie internetowej, a które powołał Odwołujący, nie są spójne i wskazał, że na dwie daty: tj. data pierwszej synchronizacji określona w wydruku ze strony internetowej na 18 maja 2012 roku nie jest zgodna z tym określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na 15 maja 2012 roku oraz podpisanie protokołu przejęcia kotła i układu podawania do eksploatacji, które zostało określone w wydruku na 28 września 2012 roku podczas gdy w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia 30 września 2012 roku.

Odwołujący podnosił, że niezbędnym do uruchomienia turbiny czyli gotowości do podania pary jest przedstawienie protokołu czyli dokumentacji jakościowej z prawidłowego montażu turbozespołu, co wynika z Instrukcji Eksploatacji turbozespołu objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia na okoliczność wykazania tego Odwołujący złożył wyciąg z Instrukcji Eksploatacji turbozespołu nr 1 10CK60 (rozdział 1 str. 10). Izba dopuściła dowód w postępowaniu. W części B1 pkt 6.2.3 ppkt C Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, mowa jest o tym, że obowiązkiem wykonawcy będzie aktualizacja Instrukcji Eksploatacji turbozespołu. Odwołujący powołując się na Instrukcję Eksploatacji nie wykazał, że regulacja ta nie ulegnie zmianie w wyniku aktualizacji tejże instrukcji, natomiast Zamawiający odniósł się do tego twierdząc, że nie można dotychczasowej Instrukcji Eksploatacji powoływać do przyszłych czynności. Izba nie uznała dowodu przedstawionego przez Odwołującego jako w sposób dostateczny potwierdzającego stanowiska Odwołującego.

Izba nie znajduje również uzasadnienia dla twierdzenia Odwołującego, że podane przez ZRE Katowice daty w harmonogramie są nieprzypadkowe i zostały wskazane w sposób celowy przez tego wykonawcę, bowiem Odwołujący nie wskazał żadnego dowodu i nie podał żadnej argumentacji, która potwierdziła by celowość podania takich dat.

W obliczu powyższego Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy czyli wyboru oferty niezgodne z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy tj. nie zastosowania się Zamawiającego się do wyroku KIO z dnia 2 listopada 2011 roku za niezasadny.

Zarzut pierwszy i trzeci:

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego zmiany sprawności turbiny w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, jak i warunków odbioru ciepła z turbozespołu dla pracy kondensacyjnej Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 listopada 2011 roku sygn. akt KIO 2219 /11 uznała, że: *W pkt 5.1. Części B.2. SIWZ przewidziano: „Oferta*

(Załącznik nr 2 do Kontraktu) musi zawierać w tym punkcie m.in. dane (wykresy) określające: (...) - zmiany sprawności turbiny TG1 w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, jak i warunków odbioru ciepła z turbozespołu (temperatury wody chłodzącej wlot/wylot) dla pracy kondensacyjnej” Wprawdzie istotnie Zamawiający posłużył się w nawiasie pojęciem wykresów, jednak zdaniem Izby nie oznacza to, iż wymagane dane określające zmiany sprawności turbiny TG1 w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, jak i warunków odbioru ciepła z turbozespołu (temperatury wody chłodzącej wlot/wylot) dla pracy kondensacyjnej musiały zachowywać tę formę. Forma wykresu mogła być zatem uznana za pożądaną, lecz nie obligatoryjny sposób prezentacji danych określających zmiany sprawności turbiny. Oferta ZRE Katowice istotnie nie zawiera powyższych danych określających zmiany sprawności turbiny ani w formie liczbowej ani wykresu. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego w Ofercie ZRE Katowice zawarto natomiast wszelkie potrzebne dane dotyczące zależności pomiędzy sprawnością turbiny a obciążeniem, sprawnością turbiny a przepływem pary świeżej, sprawnością turbiny a warunkami obciążenia. I tak na str. 145 Oferty przedstawiono zależność mocy na wale turbiny do strumienia pary świeżej dla pracy kondensacyjnej; na str. 148 Oferty przedstawiono zależność mocy na wale turbiny do strumienia pary świeżej dla pracy z maksymalną mocą cieplną, na str. 336-337 Oferty zestawiono pozostałe wyniki obliczeń bilansowych określające parametry termodynamiczne czynnika w każdym punkcie bilansowym turbiny. Wykonawca ZRE Katowice wskazywał natomiast, iż pojęcie sprawności występuje w wielu określeniach, przy czym Zamawiający nie sprecyzował sposobu obliczania sprawności. Wykonawca uznał zatem, iż korzystne dla Zamawiającego jest przedstawienie danych pozwalających na wyliczenie przez Zamawiającego każdego z rodzajów sprawności. Izba uznała, iż twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający oczekiwał wyliczenia sprawności cieplnej i termodynamicznej w oparciu o normę PN-EN 6953-2 nie znajduje potwierdzenia w treści SIWZ. SIWZ wymienia szereg norm, które wykonawcy winni brać pod uwagę podczas realizacji zamówienia, jednak brak powołania się na normę wskazaną przez Odwołującego. Również w pkt 5.1. Części B.2. SIWZ nie określono według jakiej normy należy wyliczyć zmiany sprawności. Tym samym argumentacja Odwołującego, iż powyższy wymóg jednoznacznie wskazywał na rodzaj danych określających zmiany sprawności turbiny, jaki należało ująć w ofercie, nie znalazł potwierdzenia. Powyższe oznacza, iż przedmiotem oferty mogły być każde dane odnoszące się do sprawności turbiny zbieżne z wymogiem SIWZ, tj. określające zmiany sprawności turbiny TG1 w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, jak i warunków odbioru ciepła z turbozespołu (temperatury wody chłodzącej wlot/wylot) dla pracy kondensacyjnej. Ponadto Zamawiający podkreślał, iż powyższe dane mają charakter informacyjny, nie stanowiły parametru

granicznego czy gwarantowanego. W ocenie Izby ustalenie, iż Oferta zawiera dane pozwalające Zamawiającemu na dokonanie określonych wyliczeń, choć brak w niej samych wyliczeń wymaganych SIWZ, świadczy raczej o niezgodności formalnej, a nie merytorycznej z treścią SIWZ, skoro na podstawie elementów zawartych w Ofercie ZRE Katowice Zamawiający ma możliwość ustalenia danych, które winny być w niej zawarte, lecz podano je w inny sposób niż oczekiwał Zamawiający. Ponadto nawet gdyby uznać, iż dane te choć podawane informacyjnie stanowią merytoryczny element Oferty, to niezgodność Oferty w tym zakresie podlegałaby poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wprawdzie Wykonawca ZRE Katowice podnosił, iż taki sposób przedstawienia danych wynikał z braku precyzji SIWZ co do zakresu informacji oczekiwanych przez Zamawiającego, to, zdaniem Izby, nie stoi to na przeszkodzie ewentualnej korekcie Oferty w tym zakresie w oparciu o ww przepis, uznając niezgodność oferty z treścią SIWZ za tzw. inną omyłkę. Skoro bowiem możliwość dokonania poprawy oferty istnieje wówczas, gdy wykonawca wskutek niedochowania staranności pomija określone elementy wymagane w ofercie, to tym bardziej błędna ocena co do zawartości oferty wynikająca z nie dość precyzyjnych postanowień SIWZ, gdy zamiar Wykonawcy co do złożenia Oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego nie budzi wątpliwości, uzasadnia uznanie powyższego błędu za omyłkę korygowaną w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak istotności tej omyłki nie może budzić wątpliwości, skoro przedmiotowy wymóg odnosi się do elementu, który pełni funkcję informacyjną, nie jest parametrem granicznym czy gwarantowanym. Z punktu widzenia zakresu zobowiązań Wykonawcy w procesie wykonywania zamówienia zmiana ta pozostaje bez istotnego znaczenia. Należy podkreślić, że Odwołujący nie podważał informacyjnego charakteru powyższych danych. Tym samym Oferta nie podlegałaby odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bo taki skutek nie jest przewidziany ani w stosunku do wad formalnych oferty ani gdy oferta podlega korekcie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy jednak stwierdzić, iż okoliczność, że Oferta zawiera informacje, które pozwalają Zamawiającemu, w oparciu o jej treść, a zatem bez konieczności uzyskiwania dodatkowych informacji uzupełniających Ofertę, wyliczyć dane określające zmiany sprawności turbiny TG1 w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, jak i warunków odbioru ciepła z turbozespołu (temperatury wody chłodzącej wlot/wylot) dla pracy kondensacyjnej, była przez Odwołującego kwestionowana, a Zamawiający nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby, iż wyliczenia takie są możliwe. Tym samym Zamawiający winien wezwać Wykonawcę ZRE Katowice w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień co do sposobu dokonania przedmiotowych wyliczeń w oparciu o przedstawione w Ofercie informacje, które potwierdziłyby jednoznacznie możliwość uzyskania przez Zamawiającego danych, jakie

oczekiwał. Wyjaśnienia nie mogą jednak wiązać się z uzupełnieniem treści Oferty, a jedynie przedstawiać jej wykładnię. W zależności od uzyskanych wyjaśnień, jako że, jak wskazano powyżej, przedmiotowa niezgodność Oferty z SIWZ może być kwalifikowana także jako merytoryczna, uzasadniająca jej poprawę jako tzw. innej omyłki, Zamawiający dla zapewnienia zgodności oferty z treścią SIWZ dokonać może poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jeśli natomiast uzyskane wyjaśnienia potwierdzą brak wystarczających informacji w Ofercie ZRE Katowice do wyliczeń zgodnych z SIWZ, Oferta podlegać będzie odrzuceniu jako sprzeczna z treścią SIWZ.

Zamawiający zgodnie z orzeczeniem wezwał wykonawcę ZRE Katowice pismem z dnia 18 listopada 2011 roku do złożenia wyjaśnień i przedstawienia sposobu wyliczenia danych określających zmiany sprawności turbiny TG-1 w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, jak i warunków odbioru ciepła z turbozespołu (...) dla pracy kondensacyjnej w oparciu o informacje przedstawione przez Wykonawcę w ofercie, ze wskazaniem takich miejsc w ofercie, w których znajdują się niezbędne dla tych wyliczeń dane.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia ZRE Katowice nie pozwalają na określenie danych zmiany sprawności turbiny TG-1 w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, a czego zażądał Zamawiający i dotyczy to wszystkich wariantów określonych szczegółowo w piśmie z dnia 21 listopada 2011. W związku z powyższym, mimo wyraźnego wymogu zawartego w SIWZ określenia powyższych danych zmiany sprawności turbiny TG-1 w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, jak i warunków odbioru ciepła z turbozespołu (temperatury wody chłodzącej wlot/wylot) dla pracy kondensacyjnej, ZRE Katowice nie przedstawiła danych zmiany sprawności turbiny wymaganych przez Zamawiającego, co czyni ofertę ZRE Katowice niezgodną z treścią SIWZ.

Izba uznała argumentację przedstawioną na rozprawie przez Odwołującego za przekonującą w efekcie czego Izba uznała, że w ofercie ZRE Katowice brak jest danych umożliwiających wyliczenie sprawności turbiny TG-1 w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, jak i warunków odbioru ciepła z turbozespołu (temperatury wody chłodzącej wlot/wylot) dla pracy kondensacyjnej. Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego: wyciąg z książki pana Tadeusza N. na okoliczność pokazania, że dane zawarte w ofercie ZRE Katowice do obliczenia sprawności maszyny są niepoprawne i uniemożliwiają wyliczenie sprawności, która była wymagana w SIWZ (dowód nr 1) – Izba dopuściła tenże dowód jednakże nie przypisała mu mocy dowodowej. Izba dopuściła dowód w postaci wykresu z turbiny 10CK60 nr 1 w Elektrowni Jaworzno II, który Odwołujący uzyskał od Zamawiającego a dotyczy to turbiny będącej przedmiotem tego zamówienia, który to wykres

został sporządzony w oparciu o prawidłowe dane. Izba dopuściła dowód i uznała, że posiada on istotną moc dowodową, obrazując prawidłowe parametry jakie są niezbędne do wyliczenia sprawności turbiny TG-1. Izba dopuściła dowód z opinii dotyczącej możliwości wyznaczenia sprawności turbiny TG-1 funkcji obciążenia na podstawie zaproponowanego algorytmu, który został złożony na okoliczność, iż dane zawarte w ofercie ZRE Katowice, a następnie powołane w wyjaśnieniach nie zezwalają na obliczenie sprawności turbiny tak jak wymagał tego zamawiający w SIWZ. Izba uznał złożony dowód wraz z wyjaśnieniami poczynionymi na rozprawie za wiarygodny i dający podstawę do wywiedzenia poprawności twierdzeń Odwołującego. Nie można uznać argumentu zgłoszonego przez Zamawiającego, że odwołanie w zakresie niepoprawności parametrów zawartych w ofercie ZRE Katowice jest spóźnione, bowiem dopiero w wyniku wyjaśnień dokonanych przez ZRE Katowice tj. przedstawienia algorytmów obliczenia sprawności jakimi możliwym jest faktyczne sprawdzenie ich poprawności. W ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego. W efekcie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy, a oferta ZRE Katowice powinna zostać odrzucona z postępowania.

W zakresie zarzutu trzeciego podniesionego w odwołaniu Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 listopada 2011 roku sygn. akt KIO 2219 /11 uznała, że: *Odwołujący podnosił, że załączone przez ZRE Katowice krzywe korekcyjne (Oferta str. 338-349) nie są zgodne z parametrami odniesienia wymaganymi w SIWZ w warunkach gwarancji (pkt. 9.3., 9.4., 9.5. Części B.1. SIWZ, str. 93-95 i Artykuł XIII Kontraktu, Części C.1. SIWZ).*

Pkt 9.3. Części B.1. SIWZ Gwarancje techniczne dla modernizowanej części turbinowej przewidywał:

„W celu zdefiniowania Gwarantowanych Parametrów Technicznych dla modernizowanej części turbinowej JW OZE zostały założone następujące granice bilansu cieplnego:

- wlot pary świeżej do zaworów szybkozamykających turbiny,*
- wylot wody zasilającej z zaworu trójdrożnego-obejściowego podgrzewaczy PWC-4 i PWC-5 (za podgrzewaczem PWC-5),*
- odbiory pary z upustów turbiny na potrzeby bloku,*
- moc na wale turbiny,*
- wlot wody chłodzącej na ssanie Głównych Pomp Wody Chłodzącej oraz wylot wody chłodzącej z kondensatora,*
- wlot wody uzupełniającej (zdemineralizowanej) do węzła regulacyjnego przed kondensatorem.*

Gwarantowane Parametry Techniczne dla zmodernizowanego turbozespołu TG1 z urządzeniami pomocniczymi, zostały podzielone na Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy A i Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B”.

Gwarantowanym Parametrem Technicznym Grupy B była moc na wale turbiny przy pracy kondensacyjnej i parametrach pary świeżej przed turbiną, przy czym sposób określenia tj. pomiar, obliczenie tego Gwarantowanego Parametru Technicznego podać miała Firma Pomiarowa.

Pkt 9.4. Części B.1. SIWZ Warunki gwarancji wskazywał z kolei:

„Wykonawca zagwarantuje osiągnięcie przez zmodernizowaną turbinę TG-1 z urządzeniami pomocniczymi Gwarantowanych Parametrów Technicznych odniesionych do następujących warunków (parametry odniesienia dla GPT):

- *Temperatura powietrza atmosferycznego średnioroczna 8,0°C*
- *Temperatura wody chłodzącej średnioroczna 22,0°C*
- *Strumień wody chłodzącej na dopływie do skraplacza: 2760 kg/s*
- *Ciśnienie pary przed głównym zaworem odcinającym 9,7 MPa(a)*
- *Temperatura pary przed głównym zaworem odcinającym 510°C*
- *Temperatura wody zasilającej 210°C*

Wykonawca określi krzywe korekcyjne Gwarantowanych Parametrów Technicznych dla odchyłek od parametrów obliczeniowych.

Wykonawca gwarantuje osiągnięcie przez turbinę TG-1 z urządzeniami pomocniczymi Gwarantowanych Parametrów Technicznych, które udokumentowane będą podczas Pomiarów Gwarancyjnych”.

Pkt 9.5. Części B.1. SIWZ Warunki Pomiaru Gwarantowanych Parametrów Technicznych przewidywał:

„Wartość Gwarantowana przez Wykonawcę ” – wartość wymagana przez Zamawiającego i wpisana przez Zamawiającego a w przypadku niepodania/nie wpisania jej przez Zamawiającego wartość gwarantowaną podaje Wykonawca w Ofercie. Sposób pomiaru lub algorytm obliczenia mocy na wale turbiny zostanie określony, przez Firmę Pomiarową. Pomiary Gwarantowanych Parametrów Technicznych (lub parametrów potrzebnych do jego obliczenia) zostanie przeprowadzony przez Firmę Pomiarową wybraną przez Zamawiającego, wyspecjalizowaną w wykonywaniu pomiarów, dysponującą niezbędną wiedzą i doświadczeniem, aparaturą pomiarową, w obecności i przy udziale przedstawicieli Zamawiającego oraz Wykonawcy. Szczegółową procedurę obejmującą pomiary Gwarantowanych Parametrów Technicznych określonych w pkt. 9.3 Części B.1. SIWZ, opracuje i przedłoży Zamawiającemu do zatwierdzenia Firma Pomiarowa, uwzględniając

Wytyczne do opracowania procedury Pomiarów Gwarancyjnych, opracowane przez Wykonawcę (patrz punkt 6.1., 6.4. Artykułu VI Kontraktu i punkt 11.8. Artykułu XI Kontraktu – aktualnie Część C.1. SIWZ).

Pomiary Gwarancyjne będą przeprowadzone dla obciążenia nominalnego 100%.

Przy odchyłkach od parametrów odniesienia Gwarantowane Parametry Techniczne przeliczyć należy na warunki odniesienia za pomocą określonych przez Wykonawcę i załączonych do Oferty krzywych korekcyjnych”.

Ponadto Część B.2 SIWZ strona 19 przewidywała konieczność przedstawienia w ramach Załącznika nr 2 do Kontraktu krzywych korekcyjnych, pozwalających określić wartości Gwarantowanych Parametrów Technicznych w przypadku, gdy warunki podczas Pomiarów Gwarancyjnych będą odbiegały od warunków odniesienia, a w szczególności wpływ parametrów pary świeżej i wody chłodzącej na moc mechaniczną na wale turbiny.

Artykuł XIII Kontraktu Części C.1. wskazywał m.in. na wartości Gwarantowanych Parametrów Technicznych i procedurę ich weryfikacji, wymieniając moc mechaniczną na wale turbiny jako Gwarantowany Parametr Techniczny.

Zamawiający podnosił, iż zapisy SIWZ nie zawierają stwierdzenia, że Zamawiający oczekuje krzywych korekcyjnych korygujących moc mechaniczną na wale turbiny. Zamawiający, dysponując danymi wejściowymi takimi jak: moc elektryczna generatora oraz sprawność generatora, jest w stanie obliczyć moc mechaniczną na wale turbiny. Pomiar mocy na wale turbiny może być bardzo kłopotliwy, dlatego też Zamawiający przewidział w SIWZ (punkt 9.5 Części B.1): „Sposób pomiaru lub algorytm obliczenia mocy na wale turbiny zostanie określony, przez Firmę Pomiarową”. Zapis ten nie oznacza, że moc mierzona będzie wprost na wale turbiny.

Niewątpliwie rację ma Odwołujący, iż Zamawiający wymagał, aby krzywe korekcyjne dotyczyły Gwarantowanych Parametrów Technicznych, a takim parametrem była moc na wale turbiny. W Ofercie ZRE Katowice zostały natomiast zamieszczone krzywe korekcyjne mocy elektrycznej turbozespołu zamiast mocy na wale turbiny. Tym samym Oferta nie realizuje wprost wymagania przewidzianego w SIWZ. Ponadto w Części B.2 SIWZ strona 19 przewidziano konieczność przedstawienia w ramach Załącznika nr 2 do Kontraktu krzywych korekcyjnych, pozwalających określić wartości Gwarantowanych Parametrów Technicznych w przypadku, gdy warunki podczas Pomiarów Gwarancyjnych będą odbiegały od warunków odniesienia, a w szczególności wpływ parametrów pary świeżej i wody chłodzącej na moc mechaniczną na wale turbiny. Podobny wymóg wynika także z pkt 9.5. Części B.1. SIWZ, iż „Przy odchyłkach od parametrów odniesienia Gwarantowane Parametry Techniczne przeliczyć należy na warunki odniesienia za pomocą określonych przez Wykonawcę i

załączonych do Oferty krzywych korekcyjnych". Tym samym załączone do oferty krzywe korekcyjne służyć miały do przeliczania Gwarantowanych Parametrów Technicznych, a zatem niewątpliwym jest, iż sposób w jaki zostały zaprezentowane przez Wykonawcę w Ofercie winien powyższe umożliwiać. Wykonawca ZRE Katowice podnosił, iż Część B.2. pkt A tiret drugie wskazuje, że informacje techniczne podane przez Zamawiającego w Części B.1. SIWZ określają minimalny standard techniczny oczekiwany przez Zamawiającego. Wykonawca może przedstawić w Ofercie rozwiązania inne niż określone jako standardy oczekiwane, pod warunkiem, że będą one równoważne lub lepsze, aniżeli te, jakie zostały określone w Części B.1 SIWZ. Wykonawca ZRE Katowice argumentował, iż w swojej Ofercie uwzględnił powyższe postanowienie SIWZ, a jego Oferta w tym zakresie przedstawia parametry równoważne, a właściwie lepsze niż określone przez Zamawiającego. W przypadku krzywych korekcyjnych Zamawiający wymagał krzywej mocy na wale. Wykonawca przedstawił krzywe korekcyjne mocy elektrycznej turbozespołu, co jest parametrem mierzalnym w przeciwieństwie do parametru mocy na wale, który na podstawie określonych danych można wyliczyć. Podnoszono, iż bez wątpienia nie są to parametry całkowicie rozłączne, jako że znając moc elektryczną turbozespołu oraz moc elektryczną generatora i sprawność generatora, Zamawiający jest w stanie obliczyć moc mechaniczną na wale turbiny. Niewątpliwie argumentacja Wykonawcy ZRE Katowice odbiegała od wyjaśnień Zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający nie odwoływał się do kwestii równoważności Oferty w ramach zaproponowanych krzywych korekcyjnych. Równocześnie zaniechał wyjaśnienia treści Oferty, która stała w sprzeczności z literalnym wymogiem SIWZ. Nie przedstawił także dowodów potwierdzających jednoznacznie, iż krzywe korekcyjne mocy elektrycznej turbozespołu zawarte w Ofercie ZRE Katowice zapewniają realizację tych samych celów, których oczekiwał w SIWZ od krzywych korekcyjnych mocy na wale turbiny. W związku z argumentacją podnoszoną przez Wykonawcę ZRE Katowice i zaniechaniem stosownych wyjaśnień przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, niezbędnym jest zatem wszczęcie procedury wyjaśnień treści Oferty w zakresie przedstawionych krzywych korekcyjnych, w szczególności w odniesieniu do równoważności zastosowanego parametru oraz możliwości wykorzystania przedstawionych krzywych korekcyjnych dla celów wskazanych w SIWZ.

Natomiast co do braku zgodności krzywych korekcyjnych z parametrami odniesienia wymaganymi w SIWZ w warunkach gwarancji Izba podnosi, iż SIWZ nie zawiera stanowczego wymogu takiej zgodności. Zgodnie z pkt 9.4. Warunki gwarancji Wykonawca musi zagwarantować osiągnięcie przez zmodernizowaną turbinę TG-1 z urządzeniami pomocniczymi Gwarantowanych Parametrów Technicznych odniesionych do określonych

warunków (parametrów odniesienia dla GPT), jednak równocześnie wskazując na obowiązek określenia krzywych korekcyjnych Gwarantowanych Parametrów Technicznych dla odchyłek od parametrów obliczeniowych. Brak jednoznacznego potwierdzenia w treści SIWZ, iż parametry obliczeniowe, którymi należy posłużyć się przy wyznaczaniu krzywych korekcyjnych i warunki odniesienia są pojęciami tożsamymi. Jak podnosił Zamawiający, ZRE Katowice wykonał krzywe korekcyjne dla parametrów obliczeniowych, które wynikają z wykonanych przez niego bilansów, czego nie można uznać za niezgodne z postanowieniami SIWZ. Zawarte w ofercie krzywe korekcyjne mają realizować cel przydzielony im przez SIWZ, tj. umożliwić przeliczenie Gwarantowanych Parametrów Technicznych w przypadku, gdy warunki podczas Pomiarów Gwarancyjnych będą odbiegały od warunków odniesienia. Odwołujący nie wykazał, iż posłużenie się innymi parametrami obliczeniowymi niż warunki odniesienia uniemożliwia spełnienie tego celu. Samo odwołanie się do oczywistości danego wymogu, o ile równocześnie nie wynika on jednoznacznie z treści SIWZ, nie może być uznane za wystarczającą przesłankę uznania Oferty za niezgodną z treścią SIWZ. Izba podziela też stanowisko, iż zamieszczenie przez Wykonawcę ZRE Katowice w Ofercie krzywej korekcyjnej mocy elektrycznej w funkcji spiętrzenia temperatur w skraplaczu nie stanowi o niezgodności Oferty z treścią SIWZ. SIWZ nie zabraniała przedłożenie takiego dokumentu, który należy uznać za dokument dodatkowy, uzupełniający, czego jednak nie można utożsamiać jako ustanowienie dodatkowego parametru dla osiągnięcia warunków gwarancyjnych. Taka okoliczność stanowi jedynie wyraz domysłów Odwołującego i nie znajduje potwierdzenia w Ofercie ZRE Katowice.

Zamawiający wezwał ZRE Katowice za pismem z 18 listopada 2011 roku do złożenia wyjaśnień gdzie w punkcie II. 3 zwrócił się o wyjaśnienie dlaczego wg Wykonawcy przedstawienie krzywych korekcyjnych mocy elektrycznej turbozespołu zamiast krzywych korekcyjnych mocy na wale turbiny jest rozwiązaniem równoważnym lub lepszym w stosunku do wymagań zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający wymagał przedstawienia krzywej korekcyjnej mocy na wale natomiast wykonawca ZRE Katowice przedstawił krzywe korekcyjne mocy elektrycznej turbozespołu. W złożonych pismem z 21 listopada 2011 roku wyjaśnieniach ZRE Katowice wskazały, że przedstawienie krzywych korekcyjnych mocy elektrycznej turbozespołu zamiast krzywych korekcyjnych mocy na wale turbiny jest rozwiązaniem lepszym, ponieważ dla turbiny napędzającej generator praktycznie jedynym sposobem w warunkach pomiarowych na obiekcie jest pomiar mocy elektrycznej wprost na generatorze. Bez jakichkolwiek przeliczeń wartości wprost z pomiarów mogą być użyte do korekcji. W przeciwnym przypadku, procedura wygląda tak że najpierw mierzy się moc na generatorze, potem

po uwzględnieniu sprawności mechanicznych, elektrycznych itd. Generatorsa przelicza się moc na wale (sprzęgle), by tak przygotowany wynik dopiero poddać korekcji wg krzywych korekcyjnych mocy na wale turbiny. Metoda ta jednak wymaga dodatkowo od Zamawiającego znajomości i podania sprawności generatora w zależności od jego obciążenia.

W złożonych wyjaśnieniach oraz przedstawionej na rozprawie argumentacji Zamawiający a także ZRE Katowice nie wykazali, że krzywe korekcyjne przedstawione w ofercie ZRE Katowice tj. krzywe korekcyjne mocy elektrycznej turbozespołu zapewnią możliwość realizacji tych samych celów, które miały spełniać wymagane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia krzywe korekcyjne mocy na wale turbiny.

W obliczu powyższego Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy czyli wyboru oferty niezgodne z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia za zasadny.

Ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3* – do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w złożonej ofercie przez Odwołującego brak jest zgodności pomiędzy oświadczeniem jakie złożył Odwołujący a wymaganiami Zamawiającego. Nie została również dowiedziona przez Odwołującego zgodność oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego z oczekiwaniami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba podkreśla, iż należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie

odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*

stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona przez ZRE Katowice oferta powinna zostać odrzucona z postępowania wykazał za pomocą przedstawionych dowodów, że brak jest w ofercie ZRE Katowice danych umożliwiających wyliczenie sprawności turbiny TG-1 w funkcji obciążenia oraz przepływu pary świeżej, jak i warunków odbioru ciepła z turbozespołu (temperatury wody chłodzącej wlot/wylot) dla pracy kondensacyjnej oraz że zawarte na podstawie zawartych w ofercie ZRE Katowice krzywych korekcyjnych nie będzie miał Zamawiający możliwości korygowania udzielonej gwarancji (mocy na wale) do warunków wymaganych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia .

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

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

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:
