

WYROK

z dnia 9 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Warbud S.A. (pełnomocnik), 2. Monta Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Południowy Koncern Energetyczny S.A., ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **INSTAL KRAKÓW S.A., ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Warbud S.A. (pełnomocnik), 2. Monta Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Warbud S.A. (pełnomocnik), 2. Monta Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Warbud S.A. (pełnomocnik), 2. Monta Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** na rzecz **Południowego Koncernu**

Energetycznego S.A., ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: konsorcjum Warbud S.A. w Warszawie i Monta Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn. „Wykonanie, uruchomienie, przeprowadzenie ruchu próbnego i przekazanie do eksploatacji układu odpopielania zewnętrznego i sorbentu w ramach odbudowy mocy wytwórczych w PKE S.A. - Budowa bloku energetycznego o mocy 50 MW pracującego w skojarzeniu w ZEC Bielsko-Biała EC1” prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem przez zamawiającego, którym jest Południowy Koncern Energetyczny S.A. w Katowicach, w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 22.04.2011 r. zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i in. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa”) poprzez niezgodne z przepisami prowadzenie badania i oceny ofert, niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, wybór oferty mniej korzystnej niż oferta odwołującego, ewentualnie zaniechanie dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy .

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty i czynności wyboru oferty złożonej przez Instal Kraków S.A., powtórzenie czynności badania, oceny i wyboru ofert z udziałem oferty odwołującego. Z ostrożności, w przypadku uznania, że jego oferta wymaga wyjaśnień lub dokonania poprawy omyłek, wniósł dodatkowo o nakazanie zamawiającemu dokonania tych czynności.

W dniu 13.04.2011 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Wskazał na niezgodności treści oferty odwołującego z siwz dotyczące następujących zagadnień:

1/ oferta nie spełnia wymogów z cz. B.2 siwz (str.5) oraz odpowiedzi na pytanie nr 2, w zakresie przedstawienia ogólnej koncepcji technicznej przedsięwzięcia, w tym specyficznych i unikalnych cech oferowane rozwiązania w zakresie systemu transportu pneumatycznego. Wskazał, że wykonawca zgodnie z zaleceniami części B.2 siwz powinien w stosowny sposób przenieść do oferty odpowiednie zapisy pkt 4 (Ogólna koncepcja techniczna przedsięwzięcia) Części B.1. siwz, co oznacza, że jeżeli przedstawione rozwiązania techniczne różnią się znacząco od zawartych w siwz, to należało wskazać i opisać te różnice, gdyż jest to wiedza istotna dla zamawiającego. Wykonawca „w sposób bezkrytyczny” przeniósł do pkt 1.1 oferty zapisy pkt 4 ze specyfikacji nie przedstawiając

specyficznych cech oferowanego rozwiązania w zakresie systemu transportu pneumatycznego.

Zamawiający stwierdził, że zaprezentowany w ofercie system transportu pneumatycznego oparty jest na sprężonym powietrzu o ciśnieniu 0,3Mpa i jest odmienny od pozostałych zaoferowanych przez innych wykonawców oraz opisanego w siwz, opartego na ciśnieniu 0,6MPa, a szczegółowej informacji tego dotyczącej nie zamieszczono w ofercie, w tym wobec określenia w pkt 3.2.2 Części B.1. siwz parametrów sprężonego powietrza transportowego, którym dysponuje zamawiający (ciśnienie 0,6Mpa), brak jest w ofercie rozwiązania uwzględniającego ten fakt i przedstawienia rozwiązania stacji redukcyjnej zapewniającej redukcję ciśnienia sprężonego powietrza 0,6Mpa do wartości 0,3MPa. Wskazał, że w czterech załącznikach wynikających z Części Opisowej (30-531329-A, 31-531329-B, 32-531329-C, 33-531329-D) zawarto informację, iż ciśnienie sprężonego powietrza wynosi 3 bar lub 3 barg, są to jednostki niezgodne z wymaganiami zamawiającego z pkt 7.4.Części B.1 siwz, a w pkt 7.3 części B.1. siwz wymagano zastosowania jednostek z układu SI tj. jednostki MPa.

2/ oferta nie spełnia wymogów określonych w pkt 5 Części B.2 siwz (ppkt 5.1 do 5.5) w zakresie wymaganej zawartości części opisowej (Opis techniczny przedmiotu kontraktu). Należało zamieścić m.in. szczegółowy opis dostarczanej technologii, koncepcji funkcjonowania urządzeń, metod sterowania, procedur Rozruchu i odstawienia Układu Odpopielania i Sorbentu zgodnie z pkt 10 Części B.1. siwz. Należało przy tym przenieść do załącznika nr 2 do kontraktu cały pkt 5 części B.1 (w tym 5.1 do 5.4.1.3.2.) dostosowując stylistycznie i merytorycznie jego treść odpowiednio do formy właściwej dla złożonej oferty. W ramach opisu technicznego przedmiotu kontaktu należało przedstawić m.in.: opis ogólny poszczególnych instalacji/systemów z naciskiem na cech szczególne i unikalne propozycje oferowanego rozwiązania, zbiorcze zestawienie danych bilansowych i podstawowych parametrów Układu Odpopielania i Sorbentu, opis procesu technologicznego, opis głównych instalacji oraz informacje o cechach technicznych i eksploatacyjnych głównych urządzeń i instalacji.

Zamawiający na podstawie informacji z oferty w pkt. 5.1, 5.2 i 5.3 tomu IV (zał nr 2) stwierdził niespełnienie wymagań w zakresie dotyczącym między innymi:

2.1 – Ogólne dane projektowe i techniczne dot. układu sorbentu (pkt 5.3.2.1-2 oferty). Wskazał na Ogólne i podstawowe dane projektowe, gdzie brak jest szczegółowego opisu dostarczanej technologii, koncepcji funkcjonowania urządzeń, metod sterowania, procedur Rozruchu i odstawienia dla Układu Sorbentu.

Wskazał, że przywołany w pkt 5.3.2.1 załącznik – lista urządzeń elektrycznych nie spełnia wymagań i stwierdził brak szczegółowego opisu oferowanej technologii układu sorbentu.

Stwierdzając brak szczegółowych opisów zgodnie pkt 10 Części B.1 zamawiający wskazał na wymagane istotne dane dot. układu sorbentu zawarte w pkt 10.3 (s. 87-89), pkt 10.3.2 (s.87) z odwołaniem do pkt 4.2.3. (s.29-32),

2.2. Ogólne dane projektowe i podstawowe dane techniczne dot. układu materiału inertnego - (pkt 5.3.3.1 oferty). Wskazał na Ogólne i podstawowe dane projektowe, gdzie brak jest szczegółowego opisu dostarczanej technologii, koncepcji funkcjonowania urządzeń, metod sterowania, procedur Rozruchu i odstawienia dla Instalacji Rozładunku Materiału Inertnego.

Wskazał, że przywołany w pkt 5.3.3.1 załącznik – Lista urządzeń elektrycznych oraz załącznik - Materiał inertny. Schemat technologiczny nie spełniają wymagań w zakresie zawartości danych i brak jest szczegółowego opisu oferowanej instalacji materiału inertnego.

Stwierdzając brak szczegółowych opisów zgodnie pkt 10 Części B.1 zamawiający wskazał na wymagane istotne dane dot. instalacji rozładunku materiału inertnego zawarte w pkt 10.4 (s. 89-90), pkt 10.4.2 (s.90) z odwołaniem do pkt 4.2.4. (s.32-33).

3/ Wymagania ogólne – część mechaniczna,

3.1 wskazano na nie spełnienie wymagań dotyczący instalacji popiołu lotnego – pkt. 8.4.1.4 Części B.1 siwz;

- w załączniku 30-531329-A Wykonawca podał, iż rurociąg transportujący popiół lotny (DN100 – powinno być DN125, fi139,7mm,L=30m) będzie posiadał grubość ścianki 6,3mm, a wymagano zastosowania rurociągów o grubości ścianki min. 8mm.

- analogicznie, w ww załączniku podano grubość ścianki rurociągu transportującego popiół lotny L=420m 6,3mm, a wymagano zastosowania rurociągów o grubości ścianki min. 8mm i podano sprzeczną z tym informację na s. 286,

- w ww załączniku podano promień kolan rury z wkładką bazaltową (30 szt) na rurociąg DN125 R=1000mm przy wymogu zastosowania promienia min. 10D, co oznacza wartość R=1250mm,

- w ww załączniku podano promień kolan rury z wkładką bazaltową (7 szt) na rurociąg DN65 R=500mm przy wymogu zastosowania promienia min. 10D, co oznacza wartość R=650mm, Powyższe informacje wskazane w tiret 1-4 są ponadto sprzeczne z pkt 1.2.4.1.3. (s.286 oferty).

3.2 Stwierdzono nie spełnienie wymagań dotyczących instalacji sorbentu w zakresie wymagań dla rurociągów sorbentu wskazując na załącznik 33-531329-D:

- wykonawca podał grubość ścianki rurociągów transportujących sorbent 6,3mm przy wymaganiu zastosowania rurociągów o grubości ścianki min. 8 mm,

- wykonawca podał promień kolan rury z wkładką bazaltową (12 szt) R=1000 przy wymogu zastosowania promienia min. 10D, co oznacza wartość R=1250 mm.

Powyższe informacje wskazane w tiret 1-2 są ponadto sprzeczne z pkt 1.2.4.1.1. (s.284 oferty).

4/ Ogólne założenia dla budowy Układu Odpopielania i Sorbentu (pkt 5.1 cz. B.1 siwz)

4.1 wskazano na nie uwzględnienie założeń siwz w zakresie dotyczącym uziarnienia popiołu dennego.

W załączniku 32-531329-C wykonawca podał, że popiół denny, (dla którego dobrany został system transportu pneumatycznego), posiadać będzie uziarnienie w zakresie 1-3 mm, przy wymogu zamawiającego, że popiół denny będzie znajdować się w zakresie granulacji 0-6 mm.

4.2 wskazano na nie uwzględnienie założeń siwz w zakresie dotyczącym gęstości sorbentu sorbentu.

W załączniku 32-531329-D wykonawca podał, że gęstość sorbentu, (dla którego dobrany został system transportu pneumatycznego), zawierać się będzie w zakresie 0,7 – 1,1 kg/dm³, przy wymogu zamawiającego, że gęstość sorbentu znajdować się będzie w zakresie 1,4 – 1,6 t/m³. Wskazane w pkt 4.1 i 4.2 wielkości są ponadto sprzeczne z danymi na stronie 292 oferty.

Odwołujący kwestionując wskazane wyżej stanowisko zamawiającego i odnosząc się do niego stwierdził, jak niżej.

Ad. 1 W ocenie odwołującego zarzut zamawiającego sprowadza się de facto do faktu „przeniesienia do pkt 1.1 oferty zapisów z pkt 4 części B.1. siwz” i zbyt ogólnego opisu oferowanego rozwiązania systemu transportu pneumatycznego. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z zapisem siwz w stosowny sposób przeniósł odpowiednio zapisy punktu 4 do oferty i wprowadził do niej dozwoloną odpowiedzią nr 2 z 28.12.2010 r. modyfikację dotyczącą ciśnienia wykorzystywanego w oferowanej technologii (s. 271 oferty). Ponadto konsekwentnie zamieścił informacje o wymaganym technologią ciśnieniu 0,3 MPa w dalszej części oferty np. s.324 oraz w załącznikach do części opisowej. Odwołujący wskazał, że w związku z trybem zamówienia, zamawiający 18.11.2010 r. przeprowadził negocjacje z odwołującym, gdzie zadawał pytanie odnośnie zaoferowanej technologii transportu pneumatycznego popiołu o ciśnieniu powietrza 3bar odpowiadającemu 0,3 MPa, żądając potwierdzenia wartości tego ciśnienia, gwarancji funkcjonowania transportu na tym ciśnieniu oraz wyjaśnienia redukcji ciśnienia z 6 bar (odpowiednik 6 MPa) do wartości 3 bar. Odwołujący wyjaśnił, że obniżenie ciśnienia do 3 bar jest atutem technologii, a zamawiający będzie miał wymierne korzyści z tego tytułu, jak oszczędność energii ora poprawa warunków bhp przy pracy urządzeń. Odwołujący wyjaśnił zastosowanie stacji redukcyjnej ciśnienia, co ma odzwierciedlenie w ofercie w opisie technicznym na schemacie technologicznym układu odpopielania (załączniki 30-531329-A, 31-531329-B, 32-531329-C, 33-531329-D). Powołał się na protokół z negocjacji (w posiadaniu zamawiającego) i załączniki w ofercie. Zamawiający wiedział zatem o oferowanym parametrze ciśnienia 0,3 MPa oraz

zastosowanym reduktorze ciśnienia z 0,6 do 0,3 MPa, a stacja regulująca ciśnienie została opisana w ofercie (specyfikacje techniczne s. 545 i 561) i zaznaczona na schematach technologicznych (s. 447 poz. 8, s. 448 poz. 9, s. 451 poz.3). Mimo tej wiedzy zamawiający powołuje się załączniki do części opisowej będące dokumentami fakultatywnymi i wskazuje na podanie jednostki ciśnienia „bar” jako jednostkę spoza układu SI nie zaprzeczając przy tym, że wskazane 3 bar odpowiada 0,3 MPa. Odwołujący wskazuje przy tym, że powołuje się na odpowiednik 3bar tj. jednostki w układzie SI – Mpa (s. 270, 271 i 324 oferty). Zdaniem odwołującego ewentualne wątpliwości dotyczące jednostki miary lub wymaganego ofertą ciśnienia zamawiający winien był wyjaśnić lub poprawić zauważone niezgodności zgodnie z art. 87 ust. 1 lub ust. 2 ustawy.

Odwołujący wskazał przy tym, że w siwz także użyto jednostek spoza układu SI (s. 125, s. 133 Część B.1.).

Ad 2/ Odwołujący, tak jak w pkt 1 stwierdził, że zamawiający nie wskazał, jakie postanowienia siwz określają rzekomą, wymaganą szczegółowość opisów oferowanej technologii. Wskazał na zasadę, iż wszelkie nieścisłości siwz należy interpretować na korzyść wykonawcy.

Podkreślił, że oferta jest zgodna z siwz, przeniósł zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 3 pkt 5 do oferty i przedstawił wymagane szczegółowe opisy i parametry techniczne Układu Odpielania i Sorbentu. Wskazał na s. 292 – 296, 539 – 567, s. 600 – 601 oferty. Stwierdził, że omyłkowo wpisał w pkt 5.3.2.1. dokument – lista urządzeń elektrycznych. Zauważył, że ewentualne wątpliwości zamawiającego podlegały wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 pzp.

Wskazał, że dane dotyczące układu sorbentu tak ogólne, jak i szczegółowe zawarł na s. 275-278, 284, 292, 298-313, 300-304, 307, 374, 600, 601, 373-377 oferty.

Odnosząc się do pkt 2.2. zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołujący podniósł, że złożył szczegółowy opis oferowanej technologii układu materiału inertnego i wskazał na s. 278-279, 284-285, 292, 298-313, 301-304 i 602 oferty.

Odnosząc się do zarzutów zamawiającego dot. grubości ścianki rurociągu transportującego popiół lotny wskazał, że zadeklarował na s. 285 grubość oferowanych ścianek na 8mm zgodnie z siwz, a podana omyłkowo grubość 6,3 mm zawarta jest tylko w niewymaganym, fakultatywnym dokumencie na s. 455-494, w którym odwołujący nie miał obowiązku podawania tej grubości, a celem złożenia dokumentu był jedynie opis techniczny funkcjonowania instalacji. Odwołujący wskazał na obowiązek zastosowania w tej sytuacji art. 87 ustawy pzp.

Odwołujący stwierdził, że zaoferował (s. 286 oferty) kolana rur z wkładką bazaltową rurociągów transportujących popiół lotny zgodnie z wymaganiami siwz Cz.B.1 pkt. 8.4.1.3. natomiast omyłkowo podany promień skrętu 1000 mm i 500 mm zawarty jest tylko w

niewymaganym, fakultatywnym dokumencie na s. 539-567 oferty i dane te powinny być wyjaśnione i skorygowane zgodnie z art. 87 ustawy.

W kolejności odwołujący wskazał na s. 284 oferty z podaną wymaganą grubością ścianek rurociągów tj. 8 mm i s. 455-494 z omyłkową grubością podaną w niewymaganym dokumencie.

Analogicznie odwołujący wskazał na zaoferowanie kolan rur transportujących sorbent o wymaganym promieniu skrętu tj. 10D i omyłkowym promieniu kolan 1000 i 500 mm w dokumencie niewymaganym (s.539-567).

Odwołujący stwierdził, że wskazał na uziarnienie popiołu dennego zgodnie z siwz tj. 0-6 mm (s. 292 oferty), natomiast omyłkowo podane uziarnienie 1-3 mm zawarte jest tylko w niewymaganym, fakultatywnym dokumencie na s. 518-538 oferty, a zamawiający mając świadomość omyłki zobowiązany był skorzystać z uprawnienia, jakie przysługuje mu na podstawie art. 87 ustawy. Nie stosując tego przepisu oraz odrzucając ofertę odwołującego, naruszył art. 87 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący stwierdził, że wskazał na gęstość sorbentu zgodnie z wymogami siwz tj. 1,4-1,6 Mg/m³ (s. 292 oferty), natomiast omyłkowo podana gęstość 0,7-1,1 kg/dm³ zawarta jest tylko w niewymaganym, fakultatywnym dokumencie na s. 539-567 oferty, a zamawiający mając świadomość omyłki zobowiązany był skorzystać z uprawnienia, jakie przysługuje mu na podstawie art. 87 ustawy. Nie stosując tego przepisu oraz odrzucając ofertę odwołującego, naruszył art. 87 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Podsumowując zarzuty odwołujący stwierdził, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia jego oferty i nie wskazał aby oferta odwołującego nie odpowiadała treści siwz. Z zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołujący wywodzi, iż oferta może co najwyżej zawierać drobne nieścisłości podlegające wyjaśnieniu. Tym bardziej, że zgodnie z wytycznymi dotyczącymi opracowania części technicznej oferty (Cz.B.1.siwz) zamawiający dopuścił rozwiązania odmienne od oczekiwanych, o ile będą one równoważne lub lepsze niż określone w Cz.B.1. siwz. Stwierdzając rozwiązania odmienne od określonych w Cz.B.1 siwz zamawiający winien przynajmniej dochować staranności w ocenie, czy dane rozwiązanie mieści się w granicach dopuszczonej przez niego elastyczności oferty.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia. Wskazał, że odwołanie wniesione zostało dnia 22.04.2011 r. tj. po terminie związania ofertą, który upłynął dnia 21.04.2011 r., a odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą. Odnosząc się do zarzutów odwołania podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie zawierającym zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego. Wskazał na braki w ofercie i wewnętrzną sprzeczność zawartych w niej

informacji. Uznał, że brak jest podstaw do poprawienia stwierdzonych błędów w trybie art. 87 ust. 2 ustawy.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania wskazując na interes w przystąpieniu z uwagi na fakt, że w przypadku uznania oferty odwołującego za ważną, oferta ta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał swój interes w złożeniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została bowiem odrzucona przez Zamawiającego i ta czynność Zamawiającego jest przedmiotem zarzutów zawartych w odwołaniu. Gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona i podlegała ocenie, zostałaby uznana za najkorzystniejszą z uwagi na zaoferowaną najniższą cenę. Tym samym zatem interes tego wykonawcy w uzyskaniu niniejszego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku polegającego na możliwości utraty dostępu do zamówienia.

Odnosząc się do stanowiska przystępującego i zamawiającego, że odwołujący z racji upływu terminu związania ofertą utracił interes w uzyskaniu zamówienia dyskwalifikujący tego wykonawcę co do interesu w uzyskaniu zamówienia, Izba uznała to stanowisko Zamawiającego za niezasadne. Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawiający do korzystania ze środków ochrony prawnej stanowi materialnoprawną przesłankę badania odwołania i podlega rozpoznaniu na rozprawie w kontekście stawianych w odwołaniu zarzutów przez wykonawcę oraz w kontekście zaskarżanych w tym zakresie czynności i zaniechań dokonania czynności przez Zamawiającego. Interes Odwołującego podlega ocenie na dzień złożenia odwołania, należy przy tym zauważyć, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje również na sytuację, w której wykonawca nie tylko ma, ale również miał kiedyś interes w uzyskaniu zamówienia. Taki interes odnoszony do czasu przeszłego – zdaniem Izby - należy odnosić do dnia, w którym dokonana została przez Zamawiającego czynności, która w ramach środka ochrony prawnej jest kwestionowana przez wykonawcę. Niewątpliwie w niniejszej sprawie Odwołujący na dzień dokonywania przez Zamawiającego czynności odrzucenia jego oferty posiadał interes w uzyskaniu zamówienia, a jedynie owa czynność Zamawiającego

pozbawiała go szans na uzyskanie tego zamówienia, czym wykazano w dostateczny sposób uszczerbek w tym interesie wykonawcy.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione w odwołaniu częściowo potwierdziły się, jednakże odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na brak wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania.

Izba stwierdziła w niniejszej sprawie naruszenie w postępowaniu przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp .

W zakresie opisu oferowanego rozwiązania systemu transportu pneumatycznego, w którym odwołujący zgodnie wymogami siwz w przeniósł odpowiednio zapisy punktu 4 do oferty i wprowadził do niej modyfikację dotyczącą ciśnienia wykorzystywanego w oferowanej technologii (s. 271 oferty), a także konsekwentnie zamieścił informacje o wymaganym technologią ciśnieniu 0,3 MPa w dalszej części oferty np. s.324 oraz w załącznikach do części opisowej, Izba uznała, że odwołujący nie naruszył postanowień specyfikacji odnośnie zaoferowanej technologii transportu pneumatycznego popiołu o ciśnieniu powietrza 3bar odpowiadającemu 0,3 MPa. Zważywszy, że oferowana technologia nie została zakwestionowana, a zarzutem zamawiającego jest brak jej szczegółowego opisu, natomiast stopień ten szczegółowości nie został określony w siwz, brak jest podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią specyfikacji. Można przy tym zauważyć, że zamawiający uznając opis za niewystarczający mógł i powinien w tym zakresie zażądać od wykonawcy złożenia wyjaśnień do treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy. W ocenie składu orzekającego również podanie jednostek ciśnienia „bar” jako jednostek spoza układu SI (Tj. „MPa”) nie powinno być uznane za naruszające wymogi siwz ze skutkiem w postaci odrzucenia oferty, gdyż powołane jednostki miary jako równoważne mogły być z łatwością poprawione przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Wskazana wyżej ocena dotyczy również opisów i parametrów technicznych układu odpopielania i sorbentu oraz opisu oferowanej technologii układu materiału inertnego biorąc pod uwagę, że sposób i stopień szczegółowości opisu nie został sprecyzowany. Ewentualne zatem wątpliwości zamawiającego podlegały wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 pzp.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących instalacji popiołu lotnego i instalacji sorbentu niesporne jest, że w ofercie zadeklarowano parametry grubości ścianek i parametry promienia skrętu kolan rur zarówno w wielkościach wymaganych przez zamawiającego, jak i wielkościach niezgodnych z postanowieniami specyfikacji. Również parametry określające uziarnienie popiołu dennego oraz gęstość sorbentu zostały określone w ofercie w dwóch różnych wielkościach tj. w jednej części oferty zgodnie z wymogami siwz, natomiast w kolejnych załącznikach podano wielkości niezgodne z postanowieniami specyfikacji.

Przebieg postępowania wskazuje, że zamawiający przyjął przy ocenie oferty jako wielkości zadeklarowane te, które zostały zawarte w załącznikach, zawierających specyfikacje techniczne, określonych przez odwołującego jako fakultatywne i niewymagane, natomiast odwołujący stwierdził, że zaoferowane przez niego parametry w załączniku nr 2 do Kontraktu są zgodne z wymaganiami siwz. Zaistniałe różnice określone przez odwołującego jako „drobne nieścisłości” stanowią w istocie o zawarciu w ofercie treści wzajemnie odmiennych. Okoliczność ta nie jest wystarczająca do stwierdzenia niezgodności treści oferty z siwz, natomiast wskazywała na konieczność jej wyjaśnienia zwłaszcza wobec twierdzenia odwołującego o popełnieniu omyłek w zakresie podania parametrów błędnych przy pozostałych prawidłowych. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że przyjmując nawet, że oferta została sporządzona w części poprzez przeniesienie do jej treści zapisów siwz, część ta w efekcie stanowi jej merytoryczną treść, a więc z punktu widzenia wymogów co do treści, a nie formy oferty, odrzucenie oferty Odwołującego z powodu stwierdzonych różnic byłoby nieuzasadnione. Uchybienia te mieszczą się w granicach omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, która podlega poprawieniu przez Zamawiającego.

W konsekwencji zamawiający poprzez zaniechanie zastosowania przepisu art. 87 oraz odrzucając ofertę odwołującego, naruszył ten przepis oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Niezależnie od stwierdzenia przez Izbę naruszenia przepisów ustawy Pzp – jak wskazano powyżej – Izba postanowiła odwołanie oddalić, uznając na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, że stwierdzone naruszenie nie ma w niniejszej sprawie wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nakazanie w niniejszej sprawie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego nie doprowadziłoby do wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, czyli nie zmieniłoby wyniku postępowania. Ważność oferty Odwołującego przed złożeniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, upłynęła. Jak wynika z dokumentacji postępowaniu, termin związania ofertą upłynął w dniu 21 kwietnia 2011 r., tj przed dniem złożenia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Biorąc to pod uwagę bieg terminu związania ofertą nie uległ zawieszeniu z mocy prawa stosownie do treści art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż zawieszenie biegu terminu możliwe jest bowiem jedynie w sytuacji, w której termin ten jeszcze skutecznie nie upłynął.

Wykonawca, który ma zamiar korzystania ze środków ochrony prawnej, w takiej sytuacji jak analizowana, powinien zadbać o ważność swojej oferty i złożyć w tym zakresie oświadczenie o przedłużeniu terminu związania się treścią oferty na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy.

W niniejszej sprawie pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w terminie związania ofertą. Wybrana w tym postępowaniu oferta nie była ofertą złożoną przez Odwołującego. Nakazanie aktualnie przez Izbę dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu doprowadziłoby do powrotu do toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed czynnością jego zakończenia, a więc przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu nie byłoby jednak możliwe z uwagi na upływ terminu związania ofertą przez Odwołującego i brak możliwości – w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp – przywrócenia biegu tego terminu.

Z tych też względów Izba uznała, iż uwzględnienie odwołania i tym samym nakazanie Zamawiającemu dokonania określonych czynności w postępowaniu pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta Odwołującego, z uwagi na brak wiążącego terminu ważności zobowiązania ofertowego podlegałaby odrzuceniu. Odwołujący w tym zakresie mając możliwość przedłużenia samodzielnie terminu związania ofertą z tej możliwości nie skorzystał, przez co utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: