

Sygn. akt: KIO 320/12

Sygn. akt: KIO 321/12

WYROK

z dnia 28 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Lubomira Matczuk-Mazuś
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 i 27 lutego 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2012 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum- (Lider) Polimex - Mostostal SA, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa, Tecnimont Poland Sp. z o.o., al. Wojska Polskiego 27 lok. 26, , 01-515 Warszawa, Tecnimont S.p.A., Via Gaetano De Castillia 6A , 20124 Mediolan (Włochy),**
- B. wykonawcę **Abener Energia S.A. Campus Palmas Altas c/Energia Solar 401014 Sewila, Hiszpania, Adres do doręczeń Abener Energia S.A., ul. Zygmunta Starego 11, 44-101 Gliwice,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Elektrociepłownia Stalowa Wola S.A., 37-450 Stalowa Wola, ul. Energetyków 13,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Abener Energia S.A., 401014 Sewila, Hiszpania, Campus Palmas Altas c/Energia Solar** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 320/12 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Iberdrola Engineering and Construction Poland Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 69** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt Kio 320/12, KIO 321/12 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polimex-Mostostal S.A., Tecnimont Poland Sp. z o.o., Tecnimont S.p.A., 00-950 Warszawa, Ul. Czackiego 15/17,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 321/12 po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje ponowne badanie oraz ocenę ofert zgodnie z ustaleniami wynikającymi z uzasadnienia do niniejszego wyroku;

2. kosztami postępowania obciąża **Elektrociepłownię Stalowa Wola S.A., 37- 450 Stalowa Wola, ul. Energetyków 13** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum-(Lider) Polimex - Mostostal SA, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa, Tecnimont Poland Sp. z o.o., al. Wojska Polskiego 27 lok. 26, , 01-515 Warszawa, Tecnimont S.p.A., Via Gaetano De Castillia 6A , 20124 Mediolan (Włochy),**

oraz

- wykonawcę **Abener Energia S.A. Campus Palmas Altas c/Energia Solar 401014 Sewila, Hiszpania, Adres do doręczeń Abener Energia S.A., ul. Zygmunta Starego 11, 44-101 Gliwice,**

tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Elektrociepłowni Stalowa Wola S.A., 37- 450 Stalowa Wola, ul. Energetyków 13** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum-(Lider) Polimex - Mostostal SA, ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa, Tecnimont Poland Sp. z o.o., al. Wojska Polskiego 27 lok. 26, , 01-515 Warszawa, Tecnimont S.p.A., Via Gaetano De Castillia 6A , 20124 Mediolan (Włochy)** kwotę 23 600 zł 00gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz zwrotów kosztu reprezentacji przed KIO,

2.3. zasądza od **Elektrociepłowni Stalowa Wola S.A., 37-450 Stalowa Wola, ul. Energetyków 13** na rzecz wykonawcy **Abener Energia S.A. Campus Palmas Altas c/Energia Solar 401014 Sewila, Hiszpania, Adres do doręczeń Abener Energia S.A., ul. Zygmunta Starego 11, 44-101 Gliwice** kwotę 23 600 zł 00gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz zwrotów kosztu reprezentacji przed KIO.

Sygn. akt: KIO 320/12

KIO 321/12

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - - Elektrociepłownia Stalowa Wola. Przedmiotem tego postępowania jest zamówienie pn. „Budowa bloku gazowo-parowego o mocy około 400 MWe z członem ciepłowniczym w Elektrociepłowni Stalowa Wola SA" (numer GW/2010), a odwołania zostały wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1) Konsorcjum: Lider Polimex - Mostostal SA oraz Tecnimont Poland Sp. z o.o. i Tecnimont S.p.A. - sygn. akt: KIO 320/12 [dalej zwany: wykonawca Polimer – Mostostal] oraz
- 2) Abener Energia S.A. Campus Palmas Altas c/Energia - sygn. akt: KIO 321/12 [dalej zwany: wykonawca Abener].

Sygn. akt: KIO 320/12

W odwołaniu wykonawca Polimer – Mostostal podniósł zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Iberdrola Ingenieria y Construction S.A.U. („Iberdrola") oraz oferty Abener Energia SA („Abener"). Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy skutkiem zaniechania tych czynności Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy Iberdrola i wykonawcy Abener oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Wykonawca stwierdził także, że na skutek niezgodnych z prawem czynności, Odwołujący, który złożył ofertę zgodną z SIWZ, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, że w dniu 3

lutego 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Iberdrola. Zamawiający nie wykluczył żadnego z wykonawców składających ofertę w Postępowaniu i żadna oferta nie została odrzucona.

W odniesieniu do oferty wykonawcy Iberdrola stwierdził, co następuje:

Pismem z dnia 23 grudnia 2011 r. (pismo DT/2489/11), Zamawiający powiadomił wykonawcę Iberdrola o poprawieniu - na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - omyłek, polegających na niezgodności z SIWZ Umowy Serwisowej tego wykonawcy. Dokonane poprawki dotyczyły: (i) określenia Zamawiającego, (ii) języka Umowy Serwisowej (z języka angielskiego na język polski), (iii) zagadnień związanych z logistyką, magazynowaniem i prawem własności części zamiennych, (iv) usługami doradztwa technicznego, (v) wprowadzenia opłaty odszkodowawczej za rozwiązanie Umowy Serwisowej, (vi) zagadnień związanych z Zabezpieczeniem Należytego Wykonania Umowy Serwisowej, (vii) wymaganej sumy i zakresie szkód objętych OC, (viii) wysokości odpowiedzialności Generalnego Wykonawcy za utracone korzyści, (ix) sposobu korekty wynagrodzenia wynikającego z reguły corocznej indeksacji, (x) zakresu obowiązków Zamawiającego i Iberdrola, (xi) wyznaczenia/wyliczenia parametrów gwarantowanych, (xii) terminu wnoszenia opłaty dodatkowej, oraz (xiii) problematyki akceptacji mediów określonych w SIWZ. Wykonawca stwierdził także, że porównując treść Umowy Serwisowej załączonej do oferty przez wykonawcę Iberdrola z treścią Umowy Serwisowej po poprawkach - zakres poprawek jest o wiele szerszy, niż wskazuje na to Zamawiający w piśmie. Ponadto zakres dokonanych zmian powoduje, że Umowa Serwisowa po poprawkach Zamawiającego w stosunku do Umowy Serwisowej złożonej przez wykonawcę Iberdrola w ofercie zupełnie inaczej kształtuje zakres obowiązków Iberdrola oraz Zamawiającego. Ponadto, większość prowadzonych zmian ewidentnie przekracza możliwości, jakie daje Zamawiającemu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem wykonawcy poprawienie omyłki, polegającej na niezgodności z ofertą z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty należy rozpatrywać w kontekście m.in. danego stanu faktycznego postępowania, sytuacji wykonawców w tym postępowaniu, czy też wymogów SIWZ co do treści oferty i wynikających z nich skutków dla oceny ofert (vide: wyrok KIO z dnia 24 listopada 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1425/09, KIO/UZP 1426/09). W konsekwencji, mimo, iż art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności i posługuje się nieostrą kategorią „istotności” - do poprawienia omyłek w treści oferty jest obligatoryjne łączne spełnianie się następujących przesłanek: po pierwsze - ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty z postanowieniami SIWZ ma charakter omyłki, po drugie - ustalenia, iż poprawienie tej omyłki nie spowoduje właśnie istotnych zmian treści złożonej oferty (vide: wyrok KIO z dnia 23

stycznia 2009 roku, sygn. akt 16/09, oraz wyrok KIO z dnia 3 września 2010 roku, sygn. akt: 1796/10). Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy, nieprawidłowości Umowy Serwisowej nie mają charakteru omyłki i w związku z tym nie podlegają pod art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem projekt Umowy Serwisowej wykonawcy Iberdrola jest przemyślanym oświadczeniem woli wykonawcy i jego treść nie jest wynikiem omyłki czy nawet błędnego przekonania, lecz świadomym działaniem składającego to oświadczenie. Iberdrola swoją wolą, a nie z powodu omyłki, nadał Umowie Serwisowej treść niezgodną z treścią SIWZ. Zamawiający nie miał więc prawa poprawić tego dokumentu. Większość ze wskazanych w piśmie z dnia 23 grudnia 2011r. przez Zamawiającego postanowień Umowy Serwisowej dotyczy zabezpieczenia interesów Zamawiającego (np. zapisy dotyczące Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy, ubezpieczenia OC, odpowiedzialności wykonawców za utracone korzyści). W tym przypadku wskazał na wyrok KIO [z dnia 1 kwietnia 2010 r., sygn. akt 419/10] zgodnie z którym zmiana w zakresie warunków gwarancji jest istotną zmianą treści oferty, w związku z czym nie ma do niej zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji ofertę z rozbieżnościami w tym zakresie należy odrzucić jako niezgodną z SIWZ. W tym stanie rzeczy wszystkie zmiany postanowień Umowy Serwisowej dotyczące zabezpieczenia interesów Zamawiającego będą zmianami niepodlegającymi pod art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a zatem każda niezgodność oferty w przedmiotowym zakresie powinna być więc traktowana jako niezgodność, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca podał także, że do zmian dokonanych przez Zamawiającego - a których Zamawiający nie wskazał w piśmie z dnia 23.12.2011 r. należą m.in.: a) liczne zmiany definicji lub wprowadzenie nowych definicji (mających istotny wpływ na zakres praw i obowiązków Iberdrola oraz Zamawiającego); b) znaczne rozszerzenie zakresu zadań Kierownika Realizacji Umowy Serwisowej; oraz c) zmiany terminów i warunków rozwiązywania umowy. Tytułem przykładu wskazał, że w Umowie Serwisowej przed poprawkami podano, że Umowa Serwisowa wygasa, o ile nie zostanie wcześniej rozwiązana w terminie: (a) daty osiągnięcia Daty Zakończenia Eksploatacji przez wszystkie Urządzenia objęte Umowa lub (b) 15 lat od Daty Wejścia w życie Umowy. Z kolei w Umowie Serwisowej po poprawkach Zamawiającego - Iberdrola będzie zobowiązany do prowadzenia Serwisu Turbozespołu Gazowego przez 12 lat od przekazania Bloku do eksploatacji. Wykonawca stwierdził także, że w zaproponowanej przez Iberdrola Umowie Serwisowej wprowadzono zapis dotyczący ubezpieczenia dokonywanego przez Zamawiającego (art. 7). Taki zapis pozostaje w sprzeczności z Istotnymi Postanowieniami Umowy Serwisowej („IPUS”), zgodnie z którymi ubezpieczenia zobowiązany był dokonywać wyłącznie Wykonawca. Zamawiający bezpodstawnie skorygował całość zapisów dotyczących ubezpieczenia zaproponowanych przez Iberdrola (w tym usunął obowiązek Zamawiającego do zawarcia ubezpieczenia) i wprowadził zapisy zgodne z IPUS - w tym wprowadził instytucję franczyzy (art. 10). Co do

zmian w zakresie klauzuli arbitrażowej – wykonawca stwierdził, że Umowie Serwisowej przed zmianami (art. 10) Iberdrola zaproponował zupełnie odmienne terminy i inny sposób realizacji arbitrażu. Zamawiający dokonał zmian w powyższym zakresie zgodnych z IPUS (art. 13.2 Umowy Serwisowej po zmianach Zamawiającego). W zakresie możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu utraconych korzyści – wykonawca Iberdrola wyłączył niezgodnie z IPUS (art. 9.2 Umowy Serwisowej załączonej do oferty) i Zamawiający w art. 9.3 Umowy Serwisowej wprowadził stosowne zmiany. Wykonawca wskazał także na zamianę przez Zamawiającego postanowień dotyczących Zdarzenia Wyłumaczalnego (art. 19) na postanowienia dotyczące Siły Wyższej (art. 13), usuwając jednocześnie z Umowy Serwisowej Iberdrola możliwość odstąpienia od tej Umowy, w przypadku siły wyższej trwającej dłużej niż rok. Także w Umowie Serwisowej wykonawca Iberdrola nie zawarł katalogu gwarantowanych parametrów (art. 8), co stoi w sprzeczności z postanowieniami IPUS i Zamawiający wprowadził do Umowy Serwisowej art. 7 - z dokładnymi wartościami granicznymi. Zamawiający wprowadził także do Umowy Serwisowej procedurę postępowania w trakcie awarii wymaganej IPUS, a której wykonawca Iberdrola nie uwzględnił w Umowie Serwisowej załączonej do oferty. Wykonawca stwierdził również, że poprawki dokonane przez Zamawiającego w Umowie Serwisowej mają również istotne znaczenie pod względem technicznym. Tytułem przykładu wskazał takie zamiany jak, po pierwsze - uzupełnienie przez Zamawiającego postanowień (art. 2) dotyczących systemów turbozespołu gazowego objętych serwisem, których Iberdrola nie uwzględnił w Umowie Serwisowej załączonej do oferty. Po drugie - w Umowie Serwisowej w kształcie sprzed poprawek brak jest zakresu dostaw i usług w ramach wymaganych w IPUS, co zostało uzupełnione przez Zamawiającego. Zdaniem wykonawcy – nie ulega wątpliwości - że powyżej opisane zmiany są zmianami o charakterze istotnym, bowiem kształtują relację pomiędzy wykonawcą Iberdrola a Zamawiającym, a także mają wpływ na realizację Umowy Serwisowej. Odwołujący podkreślił także, że zakres praw i obowiązków, jakie nałożył na siebie Iberdrola w Umowie Serwisowej stanowi element oświadczenia woli wykonawcy i tym samym dokonane poprawki przez Zamawiającego stanowią istotną zmianę oświadczenia woli Iberdrola. W konsekwencji Iberdrola byłby zobowiązany do wykonania zupełnie innego zamówienia, niż oświadczył w Umowie Serwisowej. Poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji" (vide: wyrok KIO sygn. akt: 362/11). Wykonawca stwierdził także, że w uzasadnieniu do projektu ustawy (z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw), wprowadzającej art. 87 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, iż intencją ustawodawcy było umożliwienie uzyskania zamówienia przez wykonawców, którzy złożyli oferty obarczone

nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty, a zatem nie zniekształcają w znacznym stopniu oświadczenia woli wykonawcy. W związku z powyższym, Zamawiający nie miał uprawnień do poprawienia prawie całej treści Umowy Serwisowej, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podkreślił także, że Zamawiający dokonał poprawek, o których mowa powyżej, mimo jednoznacznej treści pkt 14.2.1 Instrukcji dla Wykonawców, zgodnie z którą „Projekt Umowy Serwisowej przygotowuje Wykonawca uwzględniając Istotne Postanowienia Umowy Serwisowej zamieszczone w Części IV SIWZ (zwane również „IPUS”). Złożenie w Ofercie projektu Umowy Serwisowej sprzecznej lub nie uwzględniającej Istotnych Postanowień Umowy Serwisowej - Część IV SIWZ skutkuje odrzuceniem Oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy. Na tej samej podstawie zostanie odrzucona Oferta zawierająca projekt Umowy Serwisowej obejmujący postanowienia, które uzależniają zastosowanie Istotnych Postanowień Umowy Serwisowej od dodatkowych warunków”. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że zmiany Umowy Serwisowej dokonane przez Zamawiającego stanowią naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i z uwagi na zaoferowanie Umowy Serwisowej sprzecznej z IPUS - Część IV SIWZ, Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Iberdrola - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie oferty wykonawcy Iberdrola, Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W tym przypadku stwierdził, że pismem z dnia 23 grudnia 2011 r. Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie m.in. dlaczego Iberdrola w załączniku nr 3 w pkt A.I Definicje przyjął odmienny wzór na obliczenie dyspozycyjności, niż wymagany w IPUS. W wyjaśnieniach Iberdrola stwierdził, że Godziny postojów (FOH) stanowią sumę godzin nieplanowanych (GNP) i planowanych postojów (GPP) oraz potwierdził zdecydowaną wolę pełnego przestrzegania części IV SIWZ, a także gotowość do zmiany Umowy Serwisowej zgodnie z wymaganiami IPUS. Zdaniem Odwołującego nierozdzielenie tych dwóch wartości (GNP oraz GPP) powoduje poważne odstępstwo od wymagań SIWZ, ponieważ pozwala oferentowi dopasowywać ilość godzin postojów planowanych w zależności od ilości godzin postojów awaryjnych. Taka modyfikacja wzoru ma poważny wpływ na jakość przeprowadzonych remontów planowych, jak również na ich koszt. Dlatego też opisaną (oraz pozostałe wyjaśniane przez Iberdrola kwestie) zmianę zapisów Umowy Serwisowej przez Zamawiającego zgodnie z wytycznymi IPUS należy traktować – zdaniem Odwołującego jako niedozwolone - w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - negocjacje. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO [sygn. akt KIO2711/11], zgodnie z którym „Procedura określona w art. 87 ust. 1 PZP służy wyjaśnianiu wątpliwości czy niejasności w ofercie i nie może polegać na negocjowaniu jej treści”. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia udzielone przez Iberdrola prowadziły do zmiany treści Umowy Serwisowej, co stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Tytułem przykładu -

podał, że Umowa Serwisowa w brzmieniu załączonym do oferty Iberdrola obowiązywała przez 15 lat od daty wejścia w życie. Na skutek wyjaśnień treści oferty Iberdrola, Zamawiający, zmienił Umowę Serwisową załączoną do oferty Iberdrola w taki sposób, iż nowe postanowienia w zakresie wygaśnięcia umowy są zgodne z IPUS (tj. 12 lat od dnia przekazania Bloku do eksploatacji). Powołując orzecznictwo KIO stwierdził, że „Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może stanowić zmiany oferty, musi mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji” (vide: wyrok KIO sygn. akt 2674/11) oraz, że [wyrok KIO sygn. akt 2494/11] „Przepis art. 87 ust. 1 PZP dopuszcza możliwość żądania od wykonawcy jedynie wyjaśnienia niejasnych elementów oferty (...). Instytucja wyjaśnień nie może prowadzić do usunięcia wad oferty, stanowiących o jej niezgodności z PZP”. Podnosząc kolejny zarzut dotyczący oferty wykonawcy - Iberdrola w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący stwierdził, że pomimo niezgodnego z przepisami ustawy Pzp poprawienia istotnych nieprawidłowości Umowy Serwisowej z IPUS - Części IV SIWZ przez Zamawiającego, Umowa Serwisowa nadal nie spełnia określonych w tej części wymagań. Pierwszą niezgodnością – zdaniem wykonawcy - jest treść pkt 4.3.1.1. Umowy Serwisowej dotyczącego wypowiedzenia Umowy Serwisowej. W pierwotnym brzmieniu IPUS - Część IV SIWZ, Zamawiający wymagał, aby „wystąpienie dowolnej z niżej wymienionych okoliczności uprawniało Zamawiającego do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem na dzień, w którym Generalny Wykonawca otrzyma oświadczenie o wypowiedzeniu Umowy: (1) w przypadku, gdy Generalny Wykonawca popadł w stan niewypłacalności umożliwiając wszczęcie postępowania upadłościowego zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi w kraju siedziby Generalnego Wykonawcy, (2) w przypadku, gdy otwarto likwidację Generalnego Wykonawcy, oraz (3) w przypadku, gdy Generalny Wykonawca narusza postanowienia Umowy i pomimo otrzymania wezwania Zamawiającego do usunięcia stanu naruszenia w wyznaczonym, odpowiednim terminie, nie krótszym niż 30 dni, nie usunie stanu naruszenia, lub gdy usunięcie stanu naruszenia Umowy nie jest możliwe. W dniu 18 listopada 2011 r. Zamawiający dokonał zmiany IPUS i żądał, aby projekty umów serwisowych załączone do ofert określały, iż „Zamawiający może w każdym czasie wypowiedzieć Umowę z zachowaniem rocznego okresu wypowiedzenia. W takim przypadku do rozliczeń Stron stosuje się pkt. 4.3.2.2 przy czym Generalnemu Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie do upływu okresu wypowiedzenia z tytułu należycie wykonywanego Serwisu”. W tym przypadku wykonawca Iberdrola nie zaakceptował ww. zmian dokumentacji przetargowej i oświadczył, iż „Umowa Serwisowa może zostać wypowiedziana przez Zamawiającego w przypadku okoliczności, o których mowa w 4.3.1.1. IPUS - Część IV SIWZ w brzmieniu sprzed zmiany”. Drugą niezgodnością Umowy Serwisowej jest treść pkt 8.2.2. Umowy, dotycząca wynagrodzenia za obsługę serwisową. W pierwotnym brzmieniu Istotnych Postanowień

Umowy Serwisowej - Część IV SIWZ, Zamawiający wymagał, aby „Wynagrodzenie za obsługę serwisową będzie obliczane w okresach kwartalnych, indeksowane zgodnie z przyjętymi formułami indeksacji o których mowa w pkt 8.1.3 Umowy, w odniesieniu do jednostkowych stawek Umowy Serwisowej i przelewane na rachunek bankowy podany przez Generalnego Wykonawcę w Umowie Serwisowej. Zmiana numeru rachunku bankowego Generalnego Wykonawcy nie powoduje konieczności sporządzania aneksu do Umowy". Następnie, w dniu 25 listopada 2011 r, Zamawiający dokonał zmiany IPUS i żądał, aby projekty umów serwisowych załączone do ofert określały, iż „Wynagrodzenie za obsługę serwisową będzie obliczone w okresach kwartalnych i przelewane na rachunek bankowy podany przez Generalnego Wykonawcę w Umowie Serwisowej. Zmiana numeru rachunku bankowego Generalnego Wykonawcy nie powoduje konieczności sporządzania aneksu do Umowy". Także w tym przypadku wykonawca - Iberdrola nie zaakceptował ww. zmian dokumentacji przetargowej i oświadczył, iż rozliczenie wynagrodzenia za obsługę serwisową będzie rozliczne, zgodnie z pkt 8.2.2. IPUS - Część IV SIWZ w brzmieniu sprzed zmiany. Wykonawca stwierdził także, że IPUS wyraźnie precyzuje granice dostaw oraz instalacje i systemy Turbozespołu Gazowego objęte Umową Serwisową, zdefiniowanych w pkt. 2.1 i 2.2 w następujący sposób: „Punkty graniczne systemów objętych Serwisem - Elementy objęte Umową Serwisową powinny zawierać wszystkie (z zastrzeżeniem punktu 2.3.) systemy Turbozespołu Gazowego w granicach: (a) układu powietrza do spalania - cały system w obrębie dostaw Generalnego Wykonawcy, (b) układu wylotowy spalin - włącznie z pierwszym kompensatorem w układzie (zlokalizowany pomiędzy Turbozespołem Gazowym i kotłem odzyskowym), (c) układu paliwa gazowego - włącznie z głównym zaworem odcinającym turbiny gazowej zlokalizowanym poza obudową akustyczną Turbozespołu, (d) układów wody chłodzącej - włącznie z kołnierzami chłodnic, (e) układów olejowych - włącznie z zaworami napełniania i spustu oleju/ów, (f) układów wzbudzenia - kompletny układ, od zasilania wraz z transformatorem wzbudzenia, układem statycznym wzbudzenia i przyłączem do pierścieni ślizgowych, (g) układów rozruchowy dla generatora -kompletny układ, łącznie z przyłączem zasilającym układ, (h) generatora Turbozespołu Gazowego - włącznie z zaciskami generatora, (i) układu odbiorników energii elektrycznej potrzeb własnych - urządzenia elektryczne włącznie z zaciskami zasilającymi urządzeń (silników i grzałek), (j) AKPiA - włącznie z dedykowanym sterownikiem Turbozespołu jeżeli występuje. W przypadku integracji funkcji sterownika Turbozespołu Gazowego w DCS-ie (brak fizycznie wyodrębnionego, dedykowanego sterownika Turbozespołu Gazowego) punktami granicznymi dla AKPiA będą sygnałowe przyłącza kablowe czujników pomiarowych do zacisków szaf krosowych systemu DCS, (k) uziemienia -punkty uziemienia elementów obiektu, (l) ogólnobudowlane - kotwy fundamentowe, (m) sprężonego powietrze AKPiA - włącznie z zaworami odcinającymi powietrza AKPiA Turbozespołu Gazowego, (n) układy

podgrzewu powietrza wodą sieciową lub parą (dla układów wentylacyjnych i antyoblodzeniowych Turbozespołu Gazowego) - włącznie z głównymi zaworami odcinającymi mediów grzewczych zlokalizowanymi poza obudową akustyczną Turbozespołu Gazowego, (o) układu podgrzewu powietrza upustem ze sprężarki Turbozespołu Gazowego - cały układ (jeśli występuje), (p) izolacja termiczna i akustyczna Turbozespołu Gazowego - cały system w obrębie dostaw Wykonawcy, (r) oprogramowania - całe oprogramowanie wymagane wyłącznie do pracy Turbozespołu Gazowego. Co do Systemów objętych Serwisem - Zamawiający wymagał, aby Serwisem objęty był kompletny Turbozespół Gazowy, w tym w szczególności: (a) układ przepływowy sprężarki powietrza, komór spalania i turbiny gazowej, (b) korpusy urządzeń wraz z przynależnym do korpusów oprzyrządowaniem i opomiarowaniem, (c) układ powietrza chłodzącego i uszczelniającego Turbozespołu (przepływy wtórne), (d) układ międzystopniowego chłodzenia powietrza sprężarki Turbozespołu Gazowego (jeżeli występuje), (e) system rozruchowy i obracarka wału (komplet), (f) system czyszczenia sprężarki, (g) ujęcie powietrza i przynależne kanały łączące ujęcie powietrza z Turbozespołem Gazowym, łącznie z układem antyoblodzeniowym, (h) system paliwa gazowego w obrębie Turbozespołu Gazowego łącznie z głównym zaworem odcinającym (wewnętrzny system paliwa gazowego Turbozespołu) oraz układ zapłonu paliwa, (i) układ wylotowy spalin z turbiny gazowej aż do pierwszego kompensatora w układzie wylotu spalin, (j) generator Turbozespołu Gazowego, łącznie z wewnętrznym układem chłodzenia, (k) układ wzbudzenia generatora Turbozespołu Gazowego, (l) układ pierwotnego medium chłodzącego generatora wraz z uszczelnieniami i instalacjami wodoru i dwutlenku węgla, jeżeli występują, (m) łożyska Turbozespołu Gazowego (łącznie z generatorem), (n) wszystkie układy olejowe Turbozespołu Gazowego (rurociągi, armatura, pomiary itp.), w tym w szczególności układ oleju smarującego, lewarowego, uszczelniającego oraz sterującego (jeżeli występuje), (o) kompletny system kontroli, zabezpieczeń, regulacji i sterowania Turbozespołu Gazowego - włącznie z dedykowanym sterownikiem Turbozespołu jeżeli występuje. W przypadku integracji funkcji sterownika Turbozespołu Gazowego w DCS-ie (brak fizycznie wyodrębnionego, dedykowanego sterownika Turbozespołu Gazowego) punktami granicznymi dla AKPiA będą sygnałowe przyłącza kablowe czujników pomiarowych do zacisków szaf krosowych systemu DCS. Z zakresu Umowy Serwisowej wyłącza się pomiary elektryczne i zabezpieczenia elektryczne generatora, (p) pomocnicze urządzenia Turbozespołu zasilane energią elektryczną łącznie z zaciskami, (r) układ wykrywania ognia, gazu oraz układ gaszenia gazem inertnym zabudowanym w obudowie akustycznej Turbozespołu Gazowego, (s) układ wentylacji obudowy akustycznej Turbozespołu Gazowego, (t) obudowa dźwiękochłonna Turbozespołu Gazowego, (u) oprzyrządowanie Turbozespołu Gazowego (łącznie z generatorem), rozumiane jako systemy i urządzenia zlokalizowane w trakcie normalnej pracy

wewnątrz obudowy akustycznej i nie wyłączone wprost z zakresu Serwisu". Zdaniem Odwołującego - bezwzględnie wymagane przez Zamawiającego granice dostaw oraz instalacje i systemy Turbozespołu Gazowego, nie zostały zaakceptowane i nie zostały uwzględnione przez Iberdrola w Umowie Serwisowej dołączonej do oferty. Brak określenia przedmiotowego zakresu świadczonych usług stanowi poważne naruszenie IPUS i powoduje, że Umowa Serwisowa nie definiuje szczegółowo zobowiązań Iberdroli dotyczących usług serwisowych. Wskazał również, że zgodnie z IPUS Umowa Serwisowa miała zamknięty katalog przedmiotowy, tj. od art. 1 do art. 13. Dodanie przez Iberdrołę dodatkowych postanowień (tj. art. 14, 15, 16 oraz 17), a następnie ich utajnienie może prowadzić do wniosku, że treść utajnionych postanowień jest sprzeczna z SIWZ i zawierać może np. ograniczenia odpowiedzialności lub zmieniony harmonogram płatności. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że wobec powyżej opisanych niezgodności Umowy Serwisowej z SIWZ - a także mając na uwadze treść wyżej zacytowanego pkt 14.2.1 Instrukcji dla Wykonawców - oferta Iberdrola powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ. Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie tomu II i III oferty Iberdrola, wskazując, że pismem z dnia 26 stycznia 2012 r. (błędnie datowane na dzień 26 listopada 2012 r. Zamawiający powiadomił Iberdrola o dokonaniu poprawienia omyłek, polegających na niezgodności oferty Iberdrola z SIWZ. Na podstawie wskazanego przepisu, Zamawiający dokonał między innymi zmiany następujących parametrów, materiałów produktów oraz sposobu wykonania zamówienia, które niezgodnie z SIWZ zaoferował Iberdrola: a) Natężenie przepływu dla pary przegrzanej < 76 m/s [..], zamiast wymaganego SIWZ : Prędkość [..] < 70 m/s [..] (tom II, Rozdział 2.1.1.2.1.3 „Kryteria natężenia przepływu w rurociągach"); b) Natężenie przepływu dla sprężonego powietrza < 22,9 m/s [..], zamiast wymaganego SIWZ : Prędkość [..] < 15,0 m/s [..] (tom II, Rozdział 2.1.1.2.1.3 „Kryteria natężenia przepływu w rurociągach"); c) Natężenie przepływu dla wody sieciowej systemów ciepłowniczych < 4,5 m/s [..], zamiast wymaganego SIWZ o: Prędkość [..] < 2,0 m/s [..] (tom II, Rozdział 2.1.1.2.1.3 „Kryteria natężenia przepływu w rurociągach"); d) [..] Rurociąg powietrze AKPiA za osuszaczami - stali A106 Gr. B ocynkowana, zamiast wymaganego SIWZ : [..]Rurociąg powietrze AKPiA za osuszaczami -stal nierdzewna [..] (tom II, załącznik 3.2, Rozdział 2.1.1.2.3.1.1 „Kryteria doboru materiałów na rurociągi"); e) [..] Materiał rurociągów dla oleju smarowego WP A106 Gr. B, zamiast wymaganego SIWZ : [..] Materiał rurociągów dla oleju smarowego - stal kwasoodporna [..] (tom II, załącznik 3.2, Rozdział 2.1.1.2.3.1.1 „Kryteria doboru materiałów na rurociągi") oraz dodatkowo f) wykonawca Iberdrola złożył oświadczenie woli niezgodne z SIWZ, w zakresie tomu II, załącznika 3.2, rozdziału 2.1.1.2.2.3. „Hałas", gdyż wskazał, że „[...] W innych dostępnych obszarach Bloku, które nie stanowią poziomów pracy lub w których personel nie jest zazwyczaj obecny podczas pracy Bloku, poziom hałasu może lokalnie przekroczyć wartości

85 dB(A). Dotyczy to w tym przypadku przede wszystkim: [...]". W tym przypadku – zdaniem Odwołującego - Zamawiający wymagał, aby „[...] Poziom hałasu może lokalnie przekroczyć wartość 85 dB(A) tylko i wyłącznie wewnątrz obudowy akustycznej oraz w okolicach czerpni powietrza i komina [...]". W konkluzji Odwołujący stwierdził, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności (vide: wyrok KIO sygn. akt KIO 466/11). Oznacza to, iż Zamawiający powinien poprawić omyłki wyłącznie na podstawie treści oferty złożonej przez wykonawcę. Omyłki, które zostały poprawione przez Zamawiającego nie zostały wskazane w innej części oferty Iberdrola lub dokumentów do niej załączonych, a zatem Zamawiający nie miał wiedzy w jaki sposób powinien poprawić omyłki, a w konsekwencji nie miał podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawca podkreślił także, że wskazanie określonego rodzaju paramentów czy materiału, a także sposobu wykonania zamówienia stanowi element oświadczenia woli wykonawcy. W związku z czym, „poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji" (vide: wyrok KIO sygn. akt KIO 362/11). Dokonane przez Zamawiającego poprawki stanowią zmianę oświadczenia woli Iberdrola. W konsekwencji Iberdrola byłby zobowiązany do wykonania zupełnie innego zamówienia, niż oświadczył w ofercie. Zdaniem Odwołującego, parametry oraz materiały, które zaoferował wykonawca Iberdrola powodują, iż przedmiot zamówienia będzie realizowany z sposób odmienny od wymagań Zamawiającego. Zastosowanie większego natężenia przepływu oraz gorszego gatunku materiału ma wpływ na rzetelną i obiektywną ocenę ofert oraz prowadzi do braku możliwości porównania oferty Iberdrola z ofertami złożonymi zgodnie z SIWZ. Przyjęcie sprzecznej z SIWZ większej prędkości czynnika w rurociągu powoduje zmniejszenie jego średnicy, a co za tym idzie obniża jego wartość. Ponadto, użycie przez Iberdrolę materiału o niższej jakości również wpływa na niższą cenę instalacji. W ten sposób Iberdrola, przyjmując założenia sprzeczne z SIWZ, obniżył cenę swojej oferty. W zakresie ostatniej z ww. poprawek, (tj. w zakresie tomu II, załącznika 3.2, rozdziału 2.1.1.2.2.3. „Hałas") Odwołujący stwierdził, że zaoferowane przez wykonawcę Iberdrola rozwiązanie jest zupełnie odmienne od wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Jego zdaniem nie ulega wątpliwości, że wykonawca Iberdrola oświadczył, iż dozwolony poziom hałasu będzie dotyczył wielu lokalizacji (tj. Iberdrola wskazał na katalog otwarty takich lokalizacji - poprzez użycie sformułowania „przede wszystkim" - i wskazał na trzy podstawowe lokalizacje - (i) pompy poniżej głównych poziomów pracy turbiny gazowej, turbiny parowej i generatorów oraz innych urządzeń, tzn. poziom terenu i poziomy kablowni, (ii) w budynku pomp wody zasilającej kotła odzyskowego, (ii) w budynku pomp wody chłodzącej). Natomiast,

Zamawiający wymagał, aby większy poziom hałasu występował wyłącznie w określonych lokalizacjach - na dodatek innych niż powyżej wymienione. Nieuwzględnienie przez Iberdrola wymagań SIWZ zmierzało do obniżenia kosztów, wpływając na zaoferowaną cenę. Zamawiający nie miał wiedzy, w jaki sposób dokonać poprawki, bez udziału wykonawcy Iberdrola. Brak zatem było podstaw prawnych do poprawienia oświadczenia woli Iberdrola w zakresie „hałasu”, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W powyższym zakresie oferta Iberdrola także jest niezgodna z SIWZ, dlatego też powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponownie podkreślił, że omyłka, której poprawy dokonywał Zamawiający, powinna wynikać z niezamierzonego działania wykonawcy. Zatem nie można poprawić (na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) żadnych rozbieżności pomiędzy ofertą a SIWZ, jeśli są one skutkiem celowego działania wykonawcy. Świadome zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza bowiem uznanie rezultatu za omyłkę. W kontekście powyższego zdaniem Odwołującego brak jakichkolwiek podstaw do uznania stanowiska Iberdrola wyrażonego w piśmie z dnia 30 stycznia 2012 r. że wyżej wskazane omyłki nie były celowe. Za niecelową omyłkę można byłoby uznać niedopatrzenie, opuszczenie, drobną różnicę. Natomiast, złożenie całkowicie odmiennego oświadczenia woli, od wymaganego przez Zamawiającego nie można potraktować jako niezamierzonego błędu. Ponownie podkreślił, że art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp został wprowadzony w tylko celu poprawienia nieistotnych błędów, mieszczących się w pojęciu „omyłki” czyli właśnie skutkiem niezamierzonego działania. Ponadto (...) „Zmiana byłaby niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, skoro nie nosiła znamion omyłki, lecz stanowiła zamierzone oświadczenie woli o oznaczonej treści” oraz, że zgodnie z „art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 PZP”. Wykonawca dodał także, że o istotnym charakterze omyłek dokonanych przez Iberdrola świadczy również fakt, iż zaniechanie ich poprawienia skutkowałoby odrzuceniem oferty Iberdrola, albowiem (...) „Oceniając „istotność” zmian w ofercie należy uwzględnić okoliczność czy poprawienie ceny ofertowej wpływa bądź też nie na pozycję rankingową tej oferty”. Z powyższego – zdaniem Odwołującego - jednoznacznie wynika, iż ww. niezgodności mają charakter istotnych i nie mogą być poprawiane na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a wobec tak znaczących i świadomie wprowadzonych przez Iberdrola rozbieżności pomiędzy ofertą Iberdrola a SIWZ - oferta ta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ. *Odwołujący stwierdził także, że kolejną okolicznością złożenia oferty niezgodnej z SIWZ jest błędne uzupełnienie oferty Iberdrola w*

zakresie tomu III oferty, załącznik 3.4 „Dane techniczne urządzeń i instalacji” (strona 77-264 oferty). W tym przypadku wskazał, że część II Formularza oferty, załącznik 3.4 „Dane techniczne urządzeń i instalacji” (strona 19 - 76 formularza oferty) obejmowała poszczególne urządzenia i instalacje, a dla każdej z nich Zamawiający ustalił tabele, w których w poszczególnych pozycjach podane zostały nazwy urządzeń, instalacji, a także jednostki parametrów technicznych, w jakich je podawano. Z kolei do obowiązków wykonawców należało uzupełnić wartość. Pomimo jednoznacznego obowiązku wypełnienia wszystkich wartości lub innych kwestionariuszy danych technicznych - Iberdrola nie sporządził przedmiotowego załącznika 3.4. zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, bowiem: (1) nie wypełnił wszystkich pozycji kwestionariuszy danych technicznych (np. tabela 6.1 poz. od 8 do 15, tabela 7.1 poz. 1, tabela 8.2, tabela 9 i wiele innych) oraz (2) w niektórych pozycjach wpisał komentarz typu: później (np. str. 127 poz. 8.2 lub str. 210 poz. 30, 31, 32, i wiele innych) - jako przykład, że wypełnienie załącznika 3.4 w powyższy sposób oznacza niezgodność oferty Iberdrola z SIWZ, Odwołujący wskazał, że czas załączania wyłącznika 220kV (w tabeli jako „później”) jest podstawowym parametrem decydującym o poprawności pracy Bloku w zakresie wyprowadzenia mocy elektrycznej, a także jednym z najważniejszych kryteriów projektowanego rozwiązania technicznego. Wartość wskazanego czasu decyduje o spełnieniu warunków stawianych Zamawiającemu przez Operatora Sieci, będących częścią wymagań SIWZ. Dalej wskazał na inne komentarze; (3) niezrozumiałe (np. str. 183, tabela drugi wiersz od góry, str.197, tabela 8 wiersz od góry i wiele innych) lub niejasne wymaganie, do omówienia (np. str. 183); i (4) należy potwierdzić (np. tabela pkt. 6.1 poz. 6,7, tabela pkt. 6.2 poz. 8,9 i wiele innych). W tym przypadku Odwołujący zaznaczył, że brak podania mocy silnika i sprawności określonej (w tabeli jako „należy potwierdzić”) daje możliwość Iberdrola wybrania urządzenia, które nie spełnia wymagań jakościowych. Ponadto bez podania tych danych technicznych Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania parametrów urządzenia i jego oceny. Ponadto Odwołujący wskazał, że powyższe zapisy użyte przez Iberdrola świadczą o konieczności dodatkowych negocjacji treści złożonej oferty po jej przyjęciu przez Zamawiającego co jest sprzeczne z ustawą Pzp. Przepisy ustawy oraz przeprowadzona procedura przetargowa dawała wszystkim oferentom równe prawa do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości w formie negocjacji oraz pytań i odpowiedzi. Akceptacja przez Zamawiającego sformułowań użytych przez Iberdrola świadczy jednoznacznie o nierównym traktowaniu oferentów. *Podkreślił również, że do oferty wykonawca Iberdrola nie załączył Deklaracji Wykonawcy w kontekście wymagań DCS* (np. str. 184, tomu III oferty Iberdrola; tabela trzeci wiersz) oraz nie potwierdził w tabelach danych wymaganych przez Zamawiającego rozwiązań (str. 182 tabela w pkt. 13.1). W konsekwencji – zdaniem Odwołującego - oferta Iberdrola nie daje pełnej informacji na temat oferowanych urządzeń i instalacji oraz faktycznej ich oceny pod kątem technicznym i ekonomicznym. Umieszczenie

sformułowania typu: „niezrozumiałe” i „do wyjaśnienia”, oznacza, iż Iberdrola nie zdefiniował oferowanego przez siebie rozwiązania technicznego oraz wchodzących w jego skład urządzeń, ich parametrów, jakości oraz ostatecznej ceny. Wskazał także, że niezuzupełnienie ww. załącznika nie można potraktować jako „inne omyłki”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponownie stwierdził, że możliwość poprawienia błędu musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełniania przez wykonawcę. Tym samym świadome wpisanie komentarzy „później”, „niezrozumiałe”, „należy potwierdzić” nie stanowią omyłki - zatem zamawiający nie jest uprawniony do poprawy przedmiotowego załącznika 3.4. Powyższe oświadczenia - a także brak ich złożenia - jakie wykonawca Iberdrola złożył w tomie III oferty, załączniku 3.4 są niezgodne z SIWZ i nie mogły zostać poprawione przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jako dodatkowe dowody na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy Iberdrola w zakresie załącznika 2.2 i 2.4 do Kontraktu, a także w zakresie rozdziału 2.1.1.2.4.10.6 tomu IV oferty jest niezgodna z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Zdaniem Odwołującego w zakresie pkt 1.2 lit. d (Reżim pracy Bloku) załącznika nr 2.2 do Kontraktu wykonawca Iberdrola zaoferował Blok niezgodny z SIWZ. Zamawiający wymagał bowiem, aby „blok był przystosowany do zrzutu maksymalnego obciążenia do poziomu obciążenia potrzebami własnymi i stabilnej pracy z tymi obciążeniami”, jak również aby „blok był przystosowany do zrzutu maksymalnego obciążenia i płynnego przejścia do pracy na wydzielony fragment sieci elektroenergetycznej”. Wykonawca Iberdrola potwierdził (pismem z dnia 30 stycznia 2012 r.), że blok przez niego oferowany będzie spełniał wymagania SIWZ i jednocześnie potwierdził sprzeczność powyższego oświadczenia, bowiem zaoferował odstawienie bloku z zapewnieniem koniecznych obciążeń z układu prądu stałego - w przypadku wystąpienia awarii wewnętrznej. Zdaniem wnoszącego odwołanie, wykonawca Iberdrola zaoferował rozwiązanie niezgodne z SIWZ, co powinno spowodować odrzucenie jego oferty. Podkreślił również, że wykonawca Iberdrola wprost wskazał, iż jego rozwiązanie jest niezgodne z SIWZ. W piśmie z dnia 30 stycznia 2012 r. stwierdził, iż „[...] intencją Wykonawcy było przedłożenie Zamawiającemu oferty możliwie zgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia”. Użycie przez Iberdrola powyższego sformułowania jako wyjaśnienia, na wezwanie Zamawiającego, w sposób rażący narusza postanowienia SIWZ i przepisy ustawy Pzp i powinno być jednoznacznym powodem do odrzucenia przez Zamawiającego oferty Iberdrola. Również w zakresie podpunktów 6.6.3.1.6 do 9 Załącznika 2.4 do Kontraktu – zdaniem Odwołującego – wykonawca Iberdrola zaoferował przedmiot niezgodny z SIWZ. Taki wniosek Odwołujący wyprowadził z oświadczenia jakie złożył wykonawca Iberdrola, że projekt spełnia wymagania rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 17 września 1999 r. w sprawie bezpieczeństwa i

higieny pracy przy urządzeniach i instalacjach energetycznych (Dz. U. z 1999 r., nr 80, poz. 912). Mimo to, Iberdrola wskazał, iż „[...] intencją Wykonawcy było przedłożenie Zamawiającemu oferty możliwie zgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia”. Odwołujący ponownie wskazał, że użycie sformułowania „możliwie zgodna” wskazuje jasno, że intencją Iberdrola było spełnić wymagania SIWZ w niewystarczającym zakresie. Słowo „możliwie” zakłada bowiem istnienie dopuszczalnego marginesu różnicy. Zdaniem Odwołującego z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku wyjaśnień w zakresie punktu 2.2.8.2. Załącznika do Kontraktu, a także rozdziału 2.1.1.2.4.10.6 domu IV oferty Iberdrola. Wobec powyższej opisanych istotnych niezgodności pomiędzy ofertą Iberdrola a SIWZ - oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Abener wnoszący odwołanie podał, co następuje:

Wskazując ponownie na treść pkt 14.2.1 Instrukcji dla Wykonawców stwierdził, że oferta wykonawcy Abener (w zakresie Umowy Serwisowej) zawiera szereg niezgodności z SIWZ. Jedną z niezgodności w Umowie Serwisowej – zdaniem Odwołującego - jest zaoferowanie przez Abener realizacji w całości Umowy Serwisowej przez podwykonawców/podwykonawcę - czego Zamawiający nie dopuścił (Część I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców, pkt 11.7 Wykonawca nie może - ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia - powierzyć realizacji przedmiotu zamówienia w całości jednemu podwykonawcy (art. 36 ust. 5 ustawy). W tym przypadku wykonawca Abener dodał do Umowy pkt 13 w następującym kształcie: pkt 13.1: „Zamawiający niniejszym upoważnia Generalnego Wykonawcę do podzlecenia całości lub części Serwisu, który ma wykonać Generalny Wykonawca, bez konieczności uzyskania wcześniejszej zgody na piśmie”, pkt 13.2: „Rozumiane jak powyżej podzlecenie nie zwalnia Generalnego Wykonawcy od zobowiązań i nie wyłącza jego odpowiedzialności wynikającej z niniejszej Umowy”. Wobec stanowiska wyrażonego przez Zamawiającego, iż powierzenie całości realizacji Umowy Serwisowej podwykonawcom jest niedopuszczalne - dopisanie pkt 13 do Umowy Serwisowej stanowi więc niezgodność, nie dającą się poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ale powodująca odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. *Odwołujący wskazał także na niezgodność Umowy Serwisowej z SIWZ w zakresie Dyspozycyjności Turbozespołu Gazowego, stwierdzając, że w dodanym pkt 7.1.11. Umowy Serwisowej, wykonawca Abener zaoferował osiągnięcie wartości Współczynnika Dyspozycyjności Turbozespołu Gazowego (WD) na poziomie 94% uśrednionym w całym okresie obowiązywania Umowy Serwisowej. Ponadto, w pkt 7.1.11 ww. Umowy, wykonawca Abener zobowiązał strony do uzgodnienia, iż wartość gwarancji dyspozycyjności w latach, w których wystąpi Przegląd Części Gorącej lub Przegląd Główny ma podstawie wartości*

gwarancyjnych, jakie Abener uzgodnił z wytwórcą Turbozespołu Gazowego. Pismem z dnia 27 stycznia 2012 r. (DT/154/2011) Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia, czy obie kwestie nie stoją ze sobą w sprzeczności. W dniu 30 stycznia 2012 r. wykonawca Abener udzielił wyjaśnień, iż zdanie drugie w pkt 7.1.11 o treści „Strony uzgadniają, iż wartość gwarancji dyspozycyjności w latach, w których wystąpi Przegląd Części Gorącej lub Przegląd Główny na podstawie wartości gwarancyjnych, jakie Abener uzgodnił z wytwórcą Turbozespołu Gazowego" nie jest sprzeczne z zobowiązaniem Abener do utrzymania dyspozycyjności na poziomie 94% uśrednionym w całym okresie obowiązywania Umowy Serwisowej. Zdaniem Odwołującego te wyjaśnienia są wewnętrznie sprzeczne i potwierdzają, iż oferuje on Zamawiającemu zupełnie odmienne wykonanie zamówienia niż określono w IPUS. Mając bowiem na uwadze, iż zgodnie z pkt 7.1.1. IPUS wymagana Dyspozycyjności Turbozespołu ma być nie mniejsza niż 94% i „Generalny Wykonawca będzie rozliczany z gwarancji dyspozycyjności w okresach rocznych" (pkt 7.1.8 IPUS) - zagwarantowanie przez Abener uśrednionej wartości w całym okresie obowiązywania Umowy Serwisowej na poziomie 94% - oznacza, że w okresach rocznych gwarantowana dyspozycyjność może spadać poniżej 94%. Innymi słowy, Abener potwierdza ponownie niespełnienie wymagań IPUS pkt 7.1.8 utrzymując uśrednioną dyspozycyjność na poziomie 94% w ciągu 12 lat obowiązywania Umowy Serwisowej, zamiast wartości 94% w każdym roku jej obowiązywania lub na wniosek Wykonawcy najwyżej czterokrotnie w trakcie trwania Umowy Serwisowej zmieniając okres rozliczenia dyspozycyjności, czym – zdaniem Odwołującego - ograniczył prawa Zamawiającego do kontroli dyspozycyjności w sposób precyzyjnie określony w SIWZ oraz dodatkowo - uwarunkował wykonanie przez siebie zobowiązania wynikającego z Umowy Serwisowej od nieznanych Zamawiającemu ustaleń z wytwórcą turbozespołu, a takie warunkowanie wykonania zobowiązania wobec Zamawiającego – zdaniem Odwołującego - jest niezgodne z ustawą Pzp. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że udzielone przez wykonawcę Abener wyjaśnienia potwierdziły, iż zaferowane przez niego Dyspozycyjności Turbozespołu Gazowego są sprzeczne z SIWZ i ustawą Pzp oraz w przekonaniu Odwołującego stanowią wystarczającą przesłankę do odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący wskazał także na niezgodną z wymaganiami Zamawiającego definicję „Godziny Nieplanowanego Przewodu (GNP)" zaproponowaną przez wykonawcę Abener. Do wymaganej treści ww. definicji Abener dodał sformułowanie, zgodnie z którym „Zamawiający nie może się temu sprzeciwić w nieusprawiedliwiony sposób". Dodanie zacytowanego sformułowania oznacza, iż na Zamawiającego został nałożony dodatkowy obowiązek usprawiedliwienia (tj. dowodu) sposobu rozliczenia Godzin Nieplanowanego Przewodu, tym samym oznacza ograniczenie możliwości zgłoszenia przez Zamawiającego sprzeciwu. W opinii Odwołującego, stanowi to odmowę przyjęcia przez wykonawcę Abener wymaganej przez Zamawiającego treści IPUS i narusza SIWZ. *Kolejną niezgodnością jest – jak w*

przypadku oferty wykonawcy Iberdrola - treść pkt 4.3.1.1. Umowy Serwisowej dotyczący wypowiedzenia Umowy Serwisowej. Odwołujący zwrócił na pierwotne brzmienie tego punktu, stwierdzając, że Zamawiający pismem z dnia 18.11.2011 r. dokonał zmiany tego punktu, a wykonawca Abener nie zaakceptował ww. zmian dokumentacji przetargowej i oświadczył, iż Umowa Serwisowa może zostać wypowiedziana przez Zamawiającego w przypadku okoliczności, o których mowa w 4.3.1.1. IPUS - Część IV SIWZ w brzmieniu sprzed zmiany. Odwołujący stwierdził także, że wykonawca Abener w pkt 5.15 Umowy Serwisowej nałożył na Zamawiającego dodatkowe obowiązki, zobowiązując Zamawiającego do sprawdzenia oraz przestrzegania norm i wewnętrznych procedur GE w zakresie materiałów eksploatacyjnych i mediów, tj. wykonawca Abener narzucił Zamawiającemu obowiązek używania odpowiedniego typu, ilości i jakości: (i) smarów zgodnych z rekomendacji sprzedawców, producentów i/lub projektantów, (ii) paliwa zgodnego z dokumentem GE Energy GEI 41040m (zmienionym w styczniu 2011) oraz GEK 107230c (zmienionym w grudniu 2010), (iii) wody zgodnej z dokumentem GE Energy, GEI 41004, GEK 103623, GEK 107230 oraz (iv) powietrza zgodnego z GER 116269. Narzucenie Zamawiającemu w ofercie obowiązku spełnienia wymagań technicznych dotyczących Przedmiotu Zamówienia innych niż enumeratywnie wskazane przez Zamawiającego, stanowi – jego zdaniem - naruszenie postanowień SIWZ i w opinii Odwołującego stanowi wystarczającą przesłankę do odrzucenia oferty Abener. Odwołujący stwierdził także, że oferowana przez wykonawcę Abener turbina gazowa została zaprojektowana na bazie wskazanego przez producenta odpowiedniego typu i jakości smarów, paliwa, wody oraz powietrza niezbędnych do poprawnego i bezawaryjnego jej funkcjonowania. Zamawiający w SIWZ, wymagał żeby wszelkie rozwiązania technologiczne - w tym urządzenia - spełniały wymagania norm polskich i europejskich, a także dostosowane były do istniejących oraz planowanych parametrów mediów. W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2012 r. (DT/154/12) wykonawca Abener podtrzymał wymóg spełnienia przez Zamawiającego warunków technicznych opisanych w powyższym akapicie (wewnętrzne wymagania producenta turbiny)., jednocześnie wskazując w Umowie Serwisowej, Załącznik D6 - „Założenia i oświadczenie o dyspozycyjności”, pkt f, g, h oraz pkt f „Naruszenie Założeń” stanowi de facto nie przyjęcie przez Abener bez odstępstw wymagań IPUS co było bezwzględnym żądaniem Zamawiającego. Oznacza to, że oferowana turbina gazowa jest wyłącznie produktem stypizowanym, a nie urządzeniem zaprojektowanym na potrzeby Zamawiającego. Taki zapis stanowi – zdaniem Odwołującego - warunek nałożony na Zamawiającego i jest niezgodny z SIWZ (w którym dane dotyczące m.in. mediów w tym paliwa były określone jednoznacznie bez powołania się na jakiegokolwiek wewnętrzne standardy producentów turbin), zwalnia bowiem Abener z odpowiedzialności w przypadku awarii powstałej w skutek naruszenia założeń tj. używania mediów niezgodnych z założeniami producenta. W opinii Odwołującego

przyjęcie przez Zamawiającego tych ograniczeń i warunków powinno być traktowane jako nierówne traktowanie tych oferentów, którzy warunki SIWZ przyjęli bez odstępstw. Dodał jednocześnie, że wyjaśnienia dotyczące zgodności wewnętrznych norm GE z normami polskimi i europejskimi powinny zostać przeprowadzone w trakcie negocjacji. Wyjaśnianie tego problemu po złożeniu oferty ostatecznej przez Abener powinno być traktowane jako niedopuszczalne przez ustawę Pzp negocjacje treści złożonej oferty, albowiem na etapie oferty należało potwierdzić normy polskie i europejskie wymagane przez SIWZ (załącznik nr 6 do Umowy Serwisowej) - a takiej czynności Abener nie dokonał. Poleganie tylko na oświadczeniu woli Abener nie gwarantuje Zamawiającemu, iż normy GE są takie same jak wymagane (tj. polskie, czy europejskie). Wykonawca Abener w żaden sposób tego nie udowodnił. Ponadto, wewnętrzne normy GE mogą się zmienić w czasie trwania umowy i tym samym nie pokrywać się z normami polskimi i/lub europejskimi. Zatem - jedyne wymagania jakie mogą być stosowane przez wykonawców - zgodnie z SIWZ - to normy polskie i/lub europejskie oraz istniejące i planowane parametry mediów. Dlatego też wskazanie wymagań producenta turbiny gazowej powoduje, iż oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Następną niezgodnością Umowy Serwisowej jest treść pkt 8.2.2. tejże Umowy, dotyczący wynagrodzenia za obsługę serwisową. Ponownie wskazał – jak w przypadku oferty Iberdrola - *na pierwotne brzmienie tego punktu i zmianę wprowadzoną pismem z dnia 25.11.2011r., której to zmiany wykonawca Abener nie zaakceptował ww. zmian dokumentacji przetargowej i oświadczył, iż rozliczenie wynagrodzenia za obsługę serwisową będzie rozliczne, zgodnie z pkt 8.2.2. IPUS - Część IV SIWZ w brzmieniu sprzed zmiany. Kolejny zarzut dotyczący naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (w zakresie Umowy Serwisowej) związany jest ze sprzecznym – zdaniem Odwołującego – z wymaganiami SIWZ dodaniem przez wykonawcę Abener do pkt 9.3 Umowy Serwisowej następujących zdań: „Strony uzgodnią wzór do obliczenia odpowiedzialności Generalnego Wykonawcy za każdy rok, przez cały czas trwania niniejszej umowy. Wzór będzie brać pod uwagę określony procent rozliczenia płatności w każdym roku w odniesieniu GWh niewyprodukowanego w danym roku z powodów, za które odpowiada Generalny Wykonawca”. Pismem z dnia 27 stycznia 2012 r. Zamawiający poinformował Abener, iż na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawił w ofercie ww. omyłkę i usunął z pkt 9.3 Umowy Serwisowej zacytowane powyżej zdania. Pismem z dnia 30 stycznia 2012 r. Abener wyraził zgodę na poprawienie pkt 9.3. Umowy Serwisowej. Zdaniem Odwołującego – tak jak wskazywał w odwołaniu - zmiany w ofertach nie mogą prowadzić do zmiany oświadczeń woli wykonawców. W omawianym przypadku, wykonawca Abener oświadczył, iż będzie uzgadniał wzór do obliczenia swojej odpowiedzialności za każdy rok, przez cały czas trwania Umowy Serwisowej. Natomiast, w pkt 9.3 przedmiotowej Umowy wprost odwołał się do treści pkt 9.1 tejże Umowy, zgodnie z którym „Łączna odpowiedzialność Generalnego Wykonawcy*

z wszelkich tytułów [...] w każdym roku obowiązywania Umowy Serwisowej będzie ograniczona do sumy całkowitego wynagrodzenia za dany Rok Rozliczeniowy według stanu na koniec tego Roku Rozliczeniowego". Brak wobec tego podstaw do uznania, że wykonawca Abener niecelowo dodał zacytowane powyżej zdania do pkt 9.3. Umowy Serwisowej. Wręcz odwrotnie - oczywistym jest fakt, iż Abener chciał odmiennie niż wymagał Zamawiający ograniczyć swoją odpowiedzialność. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że wskazana nieprawidłowość treści oferty nie ma cech omyłki, czyli niezamierzonego przypadku, lecz jest wynikiem świadomego i celowego działania i nie może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (w związku z niezgodnością załącznika A do oferty Abener z SIWZ) Odwołujący stwierdził, że w ofercie wykonawca Abener oświadczył, iż: „Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z Załącznikiem A do niniejszej Oferty [...]” (Tom 0, str. 10). Jednakże, w załączniku A do Oferty (Tom 0, str. 15) na końcu tabeli obejmującej Cenę Ofertową Abener dodał zapis (ostatnia rubryka), iż „Cena oszacowana dla 8.000 (FFH) na rok”. Innymi słowy Abener warunkuje oferowaną cenę pracą Bloku przez 8.000 h rocznie. Powyższe oświadczenie Abener jest sprzeczne z SIWZ bowiem, zgodnie z załącznikiem nr 6 do Kontraktu Generalny Wykonawca był zobowiązany zagwarantować, następującą dyspozycyjność Bloku: w pierwszy roku eksploatacji na poziomie nie niższym niż 92%, w drugim roku eksploatacji na poziomie nie niższym niż 93%. Zatem z uwagi na fakt, iż w jednym roku jest 8.760 godzin (365 dni x 24 godziny), to dyspozycyjność Bloku w pierwszym roku eksploatacji wymaga pracy przynajmniej na poziomie nie niższym niż 8.059,2 godzin (92%), a w roku następnym dyspozycyjność powinna wynosić nie mniej 8.146,8 godzin (93%). Przyjmując powyższe dane podane przez Abener w ofercie należy przyjąć, że cena stanowiąca ryczałt jest warunkowana w sposób nie gwarantujący bezwzględnie wymaganej przez Zamawiającego dyspozycyjności Bloku tj. ok. 91% zamiast wymaganych 92% w pierwszym roku eksploatacji oraz 93% w drugim roku. Wobec powyższego, zaoferowana przez Abener dyspozycyjność Bloku w wymiarze odpowiadającym 8000 godzin pracy rocznie, nie spełnia podstawowych wymagań Zamawiającego. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (w związku z niezgodnością Załącznika 2.1 do Kontraktu), Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w pkt 2.2 i 2.3 Załącznika 2.1 do Kontraktu wskazał na własności fizyko-chemiczne wody zdemineralizowanej wykorzystywanej do uzupełnienia odpowiednio obiegu woda-para Bloku oraz obiegu ciepłowniczego Bloku. Natomiast, w swojej ofercie Abener (tj. III tom, załącznik D6) wskazał na konieczność wykorzystywania przez Zamawiającego wody zgodnej z dokumentami GE Energy: GEI 41004, GEK 103623, GEK 107230. Ponadto, na wezwanie do wyjaśnień Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2012 r. (DT/154/12), Abener wyjaśnił, iż charakterystyka fizyko-chemiczna wody opisanej dokumentami GE Energy: GEI 41004, GEK 103623, GEK

107230 odpowiada charakterystyce wody opisanej w pkt 2.2 i 2.3 Załącznika 2.1 do Kontraktu. W tym przypadku Odwołujący stwierdził, że wykonawca Abener uzależnia dotrzymanie parametrów gwarantowanych Bloku parowo gazowego w odniesieniu do materiałów eksploatacyjnych i mediów od norm i procedur wewnętrznych stosowanych przez producenta turbiny firmę GE. Powyższe stoi w sprzeczności z wymaganiami SIWZ -Załącznik 2.1. do Kontraktu, zgodnie z którym wymóg powinien być bezwzględnie spełniony przez Abener. Abener nie może też zobowiązywać Zamawiającego do stosowania takich norm warunkując jednocześnie zakres świadczonych przez niego usług serwisowych. Wobec czego, oświadczenia złożone przez Abener w zakresie pkt 2.2 i 2.3 Załącznika 2.1 do Kontraktu stanowią niezgodność z treścią SIWZ. Odwołujący podniósł także, że Zamawiający w pkt 1.1 załącznika do Kontraktu wskazał, iż paliwem dla Bloku będzie gaz ziemny wysokometanowy GZ-50, zgodnie z warunkami przyłączeniowymi GAZ System SA oraz wynikającymi z Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowych Operatora Gazociągów Przesyłowych. Z kolei w swojej ofercie wykonawca Abener wskazał na konieczność zapewnienia przez Zamawiającego paliwa zgodnego z dokumentami GE Energy GEI 41040m (zmienionym w styczniu 2011 r.) oraz GEK 107230c (zmienionym w grudniu 2010 r.). Odwołujący stwierdził także, że niezależnie od udzielonych przez Abener wyjaśnień, iż skład paliwa opisanego dokumentami GE Energy GEI 41040m jest zgodny z charakterystyką paliwa opisaną w pkt 1.1 załącznika do Kontraktu (zmienionym w styczniu 2011 r.) oraz GEK 107230c (zmienionym w grudniu 2010r) - nie ma podstaw do uzależniania parametrów gwarantowanych Bloku od norm i procedur wewnętrznych producenta turbiny GE. Abener nie ma też podstaw do zobowiązywania Zamawiającego do stosowania takich norm, warunkując jednocześnie zakres świadczonych przez niego usług serwisowych. Odwołujący ponownie wskazał, że poleganie tylko na oświadczeniu woli Abener nie gwarantuje Zamawiającemu, iż normy GE są takie same jak wymagane (tj. polskie, czy europejskie). W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał na błędne uzupełnienia oferty Abener w zakresie załącznika 3.4 „Dane techniczne urządzeń i instalacji”, albowiem Część II Formularza oferty, załącznik 3.4 „Dane techniczne urządzeń i instalacji” (strona 19 - 76 formularza oferty) obejmowała poszczególne urządzenia i instalacje, a dla każdej z nich Zamawiający wskazał tabele, w których w poszczególnych pozycjach podane zostały nazwy urządzeń, instalacji, a także jednostki parametrów technicznych, w jakich je podawano. Z kolei do obowiązków wykonawców należało uzupełnić wartość. Pomimo jednoznacznego obowiązku wypełnienia wszystkich wartości lub innych kwestionariuszy danych technicznych - Abener nie sporządził przedmiotowego załącznika 3.4. zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, bowiem niektórych pozycjach wpisał komentarz typu „dane mogą ulec zmianie, po wyborze końcowego dostawcy” lub „w zakresie dostawcy kontenera”. Uzupełnienie załącznika 3.4 w

następujący sposób świadczy o niezgodności z SIWZ, bowiem o ile zmiana dostawcy kotła odzyskowego oraz turbiny parowej nie budzi zastrzeżeń, o tyle zastrzeżenie przez Abener możliwości zmiany podstawowych parametrów tych urządzeń spowoduje zmiany bilansów cieplnych i koncepcji układu Bloku. Skutkowało to będzie dużymi zmianami w zakresie oferowanych urządzeń pomocniczych i instalacji. Odwołujący podkreślił, że celem przygotowania SIWZ przez Zamawiającego było jasne określenie kryteriów technicznych, które musi spełnić oferta. Reasumując Odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy Abener nie spełnia wymagań określonych w SIWZ i w żaden sposób nie można tego uznać za oczywistą omyłkę oferenta. Ponadto, Odwołujący stwierdził, że wykonawca Abener nie zdefiniował oferowanego przez siebie rozwiązania technicznego oraz parametrów technicznych w zakresie kontenera awaryjnego agregatu oraz kontenera pomiaru emisji spalin. Brak powyższych informacji uniemożliwia sprawdzenie jakości zaproponowanego rozwiązania technicznego - a co za tym idzie oferta winna być odrzucona. Odwołujący wskazał także, że wykonawca Abener był zobowiązany podać w tabelach dane techniczne i przy ewentualnej zmianie podwykonawcy nowe dane nie mogą być gorsze od podanych. Stwierdził również, że w szczególności zmiana pozycji 7, 8, 9 tabeli pociąga za sobą znaczne modyfikacje w parametrach turbiny. W konsekwencji oferta Abener nie daje pełnej informacji na temat oferowanych urządzeń i instalacji uniemożliwiając tym samym ich ocenę. Zdaniem Odwołującego nieuzupełnienie ww. załącznika nie można potraktować jako „innej omyłki”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem możliwość poprawienia błędu musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełniania przez wykonawcę (vide: wyrok KIO 1946/11). Tym samym, wpisanie komentarzy typu: „w zakresie dostawcy kontenera” nie stanowią omyłki – i zamawiający nie jest zobowiązany do poprawy przedmiotowego załącznika 3.4. Odwołujący dodał również, że z uwagi na brak możliwości poprawy przedmiotowej części oferty na podstawie informacji zawartych w dokumentach załączonych do oferty - tym samym Zamawiający nie posiadał możliwości poprawy załącznika 3.4. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że oświadczenia jakie wykonawca Abener złożył w załączniku 3.4 są niezgodne z SIWZ i nie mogły zostać poprawione przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 321/12

Odwołanie dotyczy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spółki Iberdrola, która zdaniem Odwołującego – wykonawcy Abener – tak jak również podniesiono w odwołaniu sygn. akt: KIO

321/12 podlega odrzuceniu z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu. Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy, Zamawiający naruszył art. 89 ust.1 pkt 2, art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty Iberdrola oraz nakazanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty. W uzasadnieniu odwołania wykonawca stwierdził, że poprawki w ofercie wykonawcy Iberdrola można podzielić na dwie zupełnie odmienne kategorie: (1) poprawki oczywistych omyłek rachunkowych i omyłek w zakresie kwot wartości etapów realizacji (poprawki załącznika nr 5 do oferty - "Harmonogram Rzeczowo - Finansowy") (poprawki wskazane i opisane przez Zamawiającego na str. 2 - 9 pisma Zamawiającego z dnia 23.12.2011) oraz (2) poprawki zapisów części oferty Iberdrola tj. projektu Umowy Serwisowej. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający rażąco naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez dokonanie istotnych zmian w treści oferty wykonawcy Iberdrola w części obejmującej projekt Umowy Serwisowej. Jego zdaniem brak było jakichkolwiek podstaw, aby Zamawiający dostosował klauzule projektu Umowy Serwisowej, złożonej jako część oferty Iberdrola, do treści zgodnej z SIWZ. Zakres modyfikacji projektu Umowy Serwisowej Iberdrola wskazuje, że Zamawiający de facto stworzył nowy projekt Umowy Serwisowej całkowicie odmienny od projektu zawartego w ofercie Iberdrola. Takie działanie Zamawiającego – zdaniem wykonawcy - rażąco narusza przepisy ustawy Pzp. Wskazując na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca stwierdził, że "poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia odmiennego nowego oświadczenia woli wykonawcy", a w niniejszej sprawie Zamawiający pod pretekstem poprawienia oferty Iberdrola wytworzył szereg odmiennych oświadczeń woli wykonawcy Iberdrola. Zdaniem wykonawcy gdyby przyjąć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może poprawiać błędy w ofercie wykonawcy w takim zakresie, jak to nastąpiło w ramach przedmiotowego postępowania odnośnie oferty Iberdrola, to tak naprawdę zupełnie bez znaczenia byłaby treść ofert składanych przez wykonawców, gdyż przecież i tak zamawiający mógłby w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dostosować treść oferty wykonawcy do treści odpowiadającej SIWZ. Kwestionowane – tak jak w sprawie o sygn. akt: KIO 320/12 - zmiany projektu Umowy Serwisowej dokonane przez Zamawiającego polegały na: (i) zmianie daty wejścia w życie umowy, a tym samym czasu obowiązywania i zakresu kontraktowych zobowiązań stron; (ii) zmianie nieodpowiadających treści SIWZ postanowień związanych z zabezpieczeniami należytego wykonania umowy, polegającej na dodaniu zasady utrzymywania przez Zamawiającego 30% wysokości zabezpieczenia przez cały okres gwarancji i rękojmi; (iii) zmianie niezgodnych z SIWZ zasad ubezpieczenia OC, dotyczących sumy ubezpieczenia oraz ograniczających zakres szkód i zdarzeń objętych obowiązkowym ubezpieczeniem;(iv) zmianie

zasad odpowiedzialności poprzez usunięcie postanowień o ograniczeniu odpowiedzialności Iberdrola, w szczególności wyłączeniu odpowiedzialności za utracone korzyści; (v) zmianie niewłaściwego sposobu obliczania i korekty wynagrodzenia; (vi) zmianie zakresu obowiązków wykonawcy Iberdrola i Zamawiającego; (vii) zmianie języka, w którym świadczona ma być usługa doradztwa technicznego, z języka angielskiego na przewidziany SIWZ język polski; (viii) modyfikacji treści klauzuli dotyczącej rozstrzygania sporów oraz zmianie języka postępowania arbitrażowego z języka angielskiego na wymagany przez SIWZ język polski; (ix) zmianie sposobu wyznaczania parametrów gwarantowanych; oraz (x) dodaniu postanowień odnoszących się do kar umownych, których brak było w ofercie Iberdrola złożonej w dniu 9.12.2011, a które wymagane były przez SIWZ. Wykonawca stwierdził, że wprowadzenie tych zmian i ich akceptacja prowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci zasady równego traktowania wykonawców oraz udzielenia zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy Pzp). Podmiot, który złożyłby ofertę, której treść odpowiada treści siwz, byłby wówczas w takiej samej sytuacji, jak podmiot, którego oferta pierwotnie nie była zgodna z siwz i znacząco odbiegała od treści siwz, a następnie zostałaby dostosowana do treści siwz przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym, możliwe byłoby złożenie oferty o zupełnie dowolnej treści z perspektywą, że zamawiający i tak dostosuje ofertę do treści siwz. Podał także, że niezgodność oferty złożonej przez wykonawcę Iberdrola dotyczy przede wszystkim tej części oferty Iberdrola, która została pierwotnie objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i została udostępniona Odwołującemu dopiero na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.01.2012 (sygn.. akt KIO 68/12). Na podstawie porównania projektów powyższych dwóch dokumentów, zdaniem Odwołującego, nie ma wątpliwości, że zakres i charakter zmian treści oferty Iberdrola wykracza poza zakres dopuszczalnych poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że Zamawiający nie miał prawnej możliwości modyfikacji treści oferty Iberdrola w takim zakresie, jak nastąpiło to w ramach przedmiotowego postępowania, to zdaniem Odwołującego - przedmiotem oceny zgodności treści oferty wykonawcy Iberdrola z treścią SIWZ powinna być oferta złożona przez wykonawcę Iberdrola w dniu 9.12.2011r. (z uwzględnieniem dopuszczalnych poprawek, tj. wskazanych powyżej - omyłek rachunkowych oraz omyłek w zakresie kwot wartości etapów realizacji). W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że treść oferty wykonawcy Iberdrola jest niezgodna z treścią SIWZ i oferta Iberdrola powinna zostać odrzucona. W zakresie podnoszonego zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca ponownie stwierdził, że Zamawiający dokonał szeregu zmian i istotnych modyfikacji w treści oferty Iberdrola złożonej w dniu 9.12.2011 r. w takim zakresie, że wykonawca Iberdrola otrzymała w konsekwencji do akceptacji zupełnie nową wersję oferty, odbiegającą od treści oferty pierwotnie złożonej przez tę spółkę. Wyrażoną w pismach

wykonawcy Iberdrola akceptację dokonanych przez Zamawiającego poprawek należy uznać de facto za akceptację dokonania zmian w treści oferty, co stoi w sprzeczności z zakazem zmian w treści ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził również, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego możliwe jest dokonywanie poprawek oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz, że poprawki, które mogą być sanowane w tym trybie w niektórych przypadkach nie ograniczają się jedynie do poprawek literowych, gramatycznych itp. Niemniej, z analizy orzecznictwa i doktryny odnośnie co do zakresu dopuszczalnych poprawek, na które zezwala art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że Zamawiający nie dokonał "poprawek", na które powyższy przepis zezwala, albowiem w rzeczywistości Zamawiający dokonał niedopuszczalnych zmian i istotnych modyfikacji treści oferty wykonawcy Iberdrola. Stwierdził także, że zmiany oferty wykonawcy, na które zezwala art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp to zmiany, które łącznie spełniają dwa wymogi: po pierwsze, dotyczą omyłki; a po drugie, nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Dokonane przez Zamawiającego zmiany oferty Iberdrola nie dotyczyły omyłek, a ponadto spowodowały istotne zmiany w treści oferty Iberdrola. W konsekwencji, zmiany takie należy ocenić jako niedopuszczalną ingerencję zamawiającego w treść oferty wykonawcy. Powołując się na orzecznictwo podkreślił, że "Omyłką w treści oferty będzie oświadczenie woli wykonawcy złożone, wbrew jego zamiarowi, niezgodnie z wymogami sformułowanymi w siwz. Z okoliczności zatem powinno wynikać, iż doszło do omyłki w treści oferty, a nie do złożenia oświadczenia woli zgodnie z intencją wykonawcy, jednak sprzecznego z siwz." (sygn. KIO/UZP 2164/10, sygn. KIO/UZP 1610/10 oraz sygn. KIO/UZP 1580/10). Podkreślił także, że "okoliczność, że w treści oferty zaistniała omyłka, a część jej postanowień nie stanowi celowego oświadczenia wykonawcy musi wynikać z treści samej oferty" (KIO/UZP 2243/10, KIO/UZP 2108/10, KIO 2749/11, KIO 2756/11 oraz KIO 2763/11). Zdaniem Odwołującego, porównując treść oferty złożonej przez wykonawcę Iberdrola w dniu 9.12.2011 z treścią SIWZ należy stwierdzić, iż wykonawca Iberdrola wprost wyraziła zamiar odstąpienia od wymagań opisanych w dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego. Świadome odstąpienia od treści SIWZ nie powinny być kwalifikowane jako "omyłki" w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przykładowo wskazał, że postanowienie dotyczące rozwiązywania sporów (artykuł 10 Umowy Serwisowej złożonej w ofercie Iberdrola) zawarte w projekcie Umowy Serwisowej złożonej w ofercie przez wykonawcę Iberdrola ma 21 zdań, podczas, gdy po dokonaniu "poprawek" przez Zamawiającego klauzula dotycząca rozwiązywania sporów obejmuje zdań 5. Dodatkowo "poprawka omyłki" wpływa bezpośrednio na ocenę skuteczności zapisu na sąd polubowny na podstawie prawa polskiego. Tak istotnej ingerencji w treść oferty Iberdrola nie można zakwalifikować jako "poprawki omyłki", na którą zezwala art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dodatkowo wykonawca wskazał, że przykładowo określenie języka angielskiego jako języka, w którym świadczona ma być usługa doradztwa technicznego, wbrew treści SIWZ,

która przewidywała wymóg posługiwania się w tym zakresie językiem polskim, czy diametralne ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy Iberdrola za utracone przez Zamawiającego korzyści w stosunku do zakresu określonego w SIWZ były wynikiem zamierzonego działania wykonawcy. Kwestia możliwości świadczenia usługi doradztwa technicznego w języku angielskim czy zakresu odpowiedzialności wykonawcy wobec Zamawiającego z tytułu utraconych korzyści były przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego udzielonych w trybie art. 38 ustawy Pzp. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że zmiany i modyfikacje części oferty wykonawcy Iberdrola zawierającej projekt Umowy Serwisowej dokonane przez Zamawiającego nie mogą być uznane za "poprawki" oferty wykonawcy w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem zmiany oferty Iberdrola nie dotyczyły omyłek, a ponadto spowodowały istotne zmiany w treści oferty Iberdrola. W konsekwencji zmiany takie należy ocenić jako niedopuszczalną ingerencję zamawiającego w treść oferty wykonawcy. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący stwierdził, że jak wykazał Zamawiający nie był uprawniony do dokonania modyfikacji projektu Umowy Serwisowej i tym samym przedmiotem oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ może być jedynie oferta o takiej treści jak oferta złożona przez Iberdrola w dniu 9.12.2011, tj. bez uwzględnienia niedopuszczalnych zmian oferty dokonanych przez Zamawiającego. Wskazał także, że zgodnie z pkt 14.2.1 części I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców: "złożenie w Ofercie projektu Umowy Serwisowej sprzecznej lub nieuwzględniającej Istotnych Postanowień Umowy Serwisowej - Część IV SIWZ skutkuje odrzuceniem Oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Na tej samej podstawie podlega również odrzuceniu oferta zawierająca projekt Umowy Serwisowej obejmujący postanowienia, które uzależniają zastosowanie Istotnych Postanowień Umowy Serwisowej od dodatkowych warunków. Powyższe postanowienie SIWZ – zdaniem Odwołującego - stanowi odzwierciedlenie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, który jako jeden z elementów treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymienia "istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach". Treść projektu Umowy Serwisowej (czyli część oferty Iberdrola) jest sprzeczna z Istotnymi Postanowieniami Umowy Serwisowej - Częścią IV SIWZ - ("IPUS"). Dotyczy to zarówno przedmiotu umowy, obowiązków stron, odpowiedzialności oraz innych podstawowych postanowieniach umowy. Tym samym, treść oferty wykonawcy Iberdrola jest sprzeczna z treścią SIWZ (a w szczególności z elementem treści SIWZ, któremu odpowiada element opisany w art. 36 ust. 1 pkt 16) PZP). W zakresie pierwszego z zarzutów - daty wejścia w życie Umowy Serwisowej - Odwołujący wskazał, że w pkt 1.8 PPUS, data wejścia umowy w życie została określona na dzień, w którym Iberdrola zawrze wieloletnią umowę serwisową z Elektrociepłownią Stalowa Wola. Takie postanowienie jest sprzeczne z

brzmieniem pkt 4.1.1 IPUS, zgodnie z którym umowa wejdzie w życie w dniu przekazania Bloku do eksploatacji (podpisanie Protokołu przejęcia do Eksploatacji). Co więcej, odpowiedź udzielona przez Zamawiającego w dniu 18.11.2011 r. na pytanie nr 5 jasno potwierdza, iż wolą Zamawiającego było, aby Umowa Serwisowa weszła w życie z dniem podpisania Protokołu Przejęcia do Eksploatacji i dopiero z tym dniem wywierała skutki prawne. W efekcie okres obowiązywania umowy określony na podstawie PPUS może być znacząco krótszy niż określony w IPUS. Skutek ten może powstać niezależnie od tego, że w powyższym projekcie przewidziano okres obowiązywania umowy o 3 lata dłuższy niż w IPUS. Dodatkowo, zgodnie z pkt 1.8 PPUS "Jeżeli Wykonawca nie zawrze wieloletniej umowy serwisowej z Elektrociepłownią Stalowa Wola przed upływem tego terminu [30.06.2012 - przyp. Odwołującej], Wykonawca zastrzega sobie prawo do sprawdzenia i skorygowania ceny oraz innych warunków niniejszej umowy". Takie postanowienie dodatkowo należy uznać za uzależniające zastosowanie IPUS od dodatkowego warunku, a tym samym niezgodne z wymaganiami pkt 14.2.1 Instrukcji dla Wykonawców, która stanowi część SIWZ. dowód: pismo z dnia 18.11.2011 (znak DT/2232/11) - pytanie nr 5 [7]. Wykonawca podał także – zarzut dotyczący z zabezpieczeniem należytego wykonania Umowy Serwisowej- że zgodnie z pkt. 11.8.2 IPUS "30% wysokości Zabezpieczenia (naliczonego od wartości obowiązującego w ostatnim Roku Rozliczenia) będzie utrzymywane w okresie gwarancji i rękojmi (...)". Treść PPUS nie przewidywała analogicznego mechanizmu utrzymywania zabezpieczenia w okresie rękojmi i gwarancji. Powyższe oznacza, że zakres obowiązków wykonawcy określony w projekcie Umowy Serwisowej złożonej w ofercie Iberdrola jest mniejszy niż zakres określony w IPUS. Co do zarzutu dotyczącego odpowiedzialności za utracone korzyści podał, że zgodnie z pkt 9.2 PPUS "W żadnym wypadku wykonawca ani jego podwykonawcy lub dostawcy nie ponoszą odpowiedzialności za utratę zysków lub przychodów, utratę możliwości wykorzystywania obiektu lub urządzeń objętych umową lub dowolnego sprzętu oraz za koszty kapitału, koszty zastępczego sprzętu, obiektów, usług lub zasilania zastępczego, koszty przestoju, roszczenia klientów kupującego z tytułu takich szkód, ani za żadne inne odszkodowanie specjalne, wtórne, uboczne, pośrednie, karne lub zawiązką". IPUS w pkt 9.3 przewiduje wyraźnie, iż "W odniesieniu do utraconych korzyści, które druga strona mogłaby osiągnąć, gdyby zdarzenie uzasadniające nie wystąpiło, Zamawiający nie będzie ponosić odpowiedzialności w ogóle, natomiast odpowiedzialność Generalnego Wykonawcy będzie ograniczona do limitu przewidzianego w pkt 9.1" Takie brzmienie IPUS zostało dodatkowo potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 8 udzielonej w dniu 23.11.2011. To oznacza, że w tym zakresie umowa PPUS jest sprzeczna z IPUS oraz nie uwzględnia jego postanowień. Także - kolejny zarzut dotyczący ubezpieczenia OC - zakres zdarzeń, których objęcie obowiązkowym ubezpieczeniem ma nastąpić, jest o wiele węższy w PPUS niż przewidziano to w IPUS. Punkty 10.2.1-10.2.15 IPUS wymieniają szczegółowo rodzaje szkód,

które mają być objęte ubezpieczeniem, podczas gdy analogiczne szkody nie zostały wymienione w projekcie Umowy Serwisowej stanowiącej część oferty Iberdrola. Ponadto, zgodnie z pkt 10 IPUS wykonawca na własny koszt ubezpieczy i zapewni ciągłość ubezpieczenia Generalnego Wykonawcy oraz wszystkich podmiotów zaangażowanych w świadczenie usług serwisowych (w tym podwykonawców), podczas gdy pkt 7.2 PPUS stanowi, iż wykonawca jedynie zapewni, aby jego podwykonawcy zawarli stosowne polisy ubezpieczenia. Powyższe oznacza, że zakres obowiązków Iberdrola określony w PPUS jest mniejszy niż zakres określony przez Zamawiającego w IPUS. Wykonawca podał także, że zgodnie z pkt 2.9 PPUS "Wykonawca zapewni całodobowe i całotygodniowe (24/7) wsparcie bieżące w formie numeru telefonicznego w celu umożliwienia rozwiązywania problemów technicznych związanych z działaniem Urządzenia objętego Umową. Ta usługa jest świadczona w języku angielskim." Powyższe postanowienie jest sprzeczne z 3.7.1 IPUS, który przewiduje, iż taka usługa będzie prowadzona wyłącznie w języku polskim. Jak wyżej wskazano, potwierdził to również Zamawiający w wyjaśnieniach udzielonych w trybie art. 38 ustawy Pzp. Także postępowanie arbitrażowe - zgodnie z pkt 10.6 PPUS postępowanie arbitrażowe zostanie przeprowadzone w języku angielskim, podczas gdy pkt 13.2.3 IPUS stanowi, iż "językiem postępowania będzie język polski". To oznacza, że w tym zakresie PPUS jest sprzeczna z IPUS oraz nie uwzględnia jego postanowień. W zakresie klauzuli dotyczącej rozstrzygnięcia sporów (pkt 10.2 - 10.7 PPUS) wykonawca stwierdził, że standardowa klauzula arbitrażowa zawarta w SIWZ oznacza, że intencją Zamawiającego, której wyraz stanowi właśnie taki fragment SIWZ, było uregulowanie tak fundamentalnej kwestii jak określenie zasad rozwiązywania sporów z umowy w taki sposób, aby np. zapis na sąd polubowny był ważny i skuteczny. W ocenie Odwołującego zaproponowana przez Iberdrola wielostopniowa klauzula rozwiązywania sporów oraz umożliwienie prowadzenia postępowania przed wybranym dowolnie sądem powszechnym (pkt 10.7 PPUS) rodzi poważne i realne ryzyko, że zapis na sąd polubowny będzie uznany za nieważny lub bezskuteczny. Nie można więc twierdzić, że w rzeczywistości intencją Iberdrola było przygotowanie treści oferty zgodnej z treścią SIWZ. Z całą pewnością klauzula dotycząca rozwiązywania sporów zawarta w PPUS stanowi treść oferty Iberdrola i jednocześnie jest ona sprzeczna z SIWZ. Iberdrola, jako profesjonalny uczestnik obrotu, powinna właściwie ocenić skuteczność i ważność zapisów projektu umowy stanowiącej część jej oferty. Złożenie oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ skutkuje koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy Iberdrola. Wykonawca stwierdził także, że dostawa i usługi objęte Umową Serwisową (zakres przedmiotowy umowy) - zgodnie z pkt 3 IPUS "Zakres serwisu dla Turbozespołu Gazowego ma obejmować następujące usługi i dostawy: (...) 8. Wykonywanie Remontów Nieplanowanych - w tym także naprawę uszkodzeń ubocznych wynikających z propagacji Awarii z jednego komponentu Turbozespołu na inne jego komponenty". Według postanowienia pkt 1.39 w związku z pkt. 2.3 PPUS zakres dostaw i

usług w PPUS nie przewiduje naprawy takich uszkodzeń ubocznych i tym samym jest on węższy niż przewidziany w IPUS. Zgodnie bowiem z pkt. 1.39 PPUS "Konserwacja nieplanowa oznacza wszystkie szkody fizyczne w Urzędzeniu objętym Umową powstałe wskutek wady lub usterki danego Urzędzenia objętego Umową" Fakt, że Iberdrola świadomie nie włączyła naprawy uszkodzeń ubocznych (zdefiniowanych jak wyżej) do zakresu świadczonych usług i dostaw w ramach Umowy Serwisowej prowadzi do konkluzji, iż oferta Iberdrola z dnia 9.12.2011 nie uwzględnia postanowień IPUS. Wykonawca stwierdził także, że *ujawniona część projektu Umowy Serwisowej wykonawcy Iberdrola nie zawiera postanowień wynikających z IPUS w zakresie kar umownych, a to oznacza, że wykonawca Iberdrola tych postanowień IPUS nie uwzględniła w swoim projekcie*. Odwołujący wskazał także na sprzeczność projektu umowy serwisowej Iberdrola po zaakceptowaniu zmian Zamawiającego z treścią IPUS polegającą na zmianie zasad ustalania wynagrodzenia wykonawcy Iberdrola za czynności wykonane w ramach Umowy Serwisowej. Zgodnie z pkt 8.2.1 zmienionego projektu Iberdrola "Kwartalne wynagrodzenie Generalnego Wykonawcy za Umowę Serwisową w cenach stałych 2011 będzie wyrażone jako suma następujących składników..." Analogiczne postanowienie pkt 8.2.1 IPUS nie przewiduje kwartalnego wynagrodzenia Generalnego Wykonawcy w cenach stałych. Dodatkowo wskazał, że sam Zamawiający usunął z treści IPUS odwołanie do cen stałych 2011 roku w ramach udzielonej w dniu 25.11.2011 r. odpowiedzi na pytanie nr 25. Skoro zatem wykonawca Iberdrola określił wynagrodzenie Generalnego Wykonawcy w cenach stałych 2011 r. wbrew odmiennemu oświadczeniu woli Zamawiającego, to tym samym wyłączył możliwość zmiany ceny serwisu poprzez indeksację stawek jednostkowych, co jest wyraźnie sprzeczne z postanowieniami pkt 8.1.2 oraz 8.1.3 IPUS, które to postanowienia możliwość zmiany ceny serwisu przez indeksację przewidują. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że skutkiem powyższego, w zmienionym projekcie Umowy Serwisowej Iberdrola zasady ustalania wynagrodzenia Generalnego Wykonawcy ukształtowane są odmienne niż w IPUS. Z uwagi na to, iż Zamawiający jasno określił w odpowiedzi udzielonej w dniu 25.11.2011 (pytanie nr 25), że wynagrodzenie Generalnego Wykonawcy nie jest przewidziane w cenach stałych 2011 roku, oferta wykonawcy Iberdrola, nawet w kształcie po uwzględnieniu zmian i modyfikacji Zamawiającego, nadal jest ofertą, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

**Rozpoznając łącznie – na podstawie zarządzenia Prezesa KIO z dnia 16.02.2012 r.
- niniejsze odwołania Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołania podlegają uwzględnieniu. W tym przypadku Izba miała na uwadze przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Izba uwzględniała także dyrektywę wynikającą z art. 190 ustawy Pzp zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniach [sygn. akt: KIO 320/12 i 321/12], a związane z treścią projektów Umów Serwisowych przedłożonych do oferty przez wykonawcę Iberdrola oraz przez wykonawcę Abener, Izba przede wszystkim ustaliła, że Zamawiający w pkt 14.2.1 Instrukcji dla Wykonawców zastrzegł, że „Projekt Umowy Serwisowej przygotowuje Wykonawca uwzględniając Istotne Postanowienia Umowy Serwisowej zamieszczone w Części IV SIWZ (zwane również „IPUS”). Złożenie w Ofercie projektu Umowy Serwisowej sprzecznej lub nie uwzględniającej Istotnych Postanowień Umowy Serwisowej - Część IV SIWZ skutkuje odrzuceniem Oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy. Na tej samej podstawie zostanie odrzucona Oferta zawierająca projekt Umowy Serwisowej obejmujący postanowienia, które uzależniają zastosowanie Istotnych Postanowień Umowy Serwisowej od dodatkowych warunków”. Tym samym bezwzględny obowiązek każdego z wykonawców było uwzględnienie w projekcie umowy serwisowej wszystkich postanowień IPUS, a ich treść nie mogła być z nimi sprzeczna lub uzależniająca ich zastosowanie od dodatkowych warunków. Powyższe potwierdza działanie Zamawiającego związane z modyfikacją dokonywaną w toku oceny projektów umów serwisowych. Izba ustaliła także, że Zamawiający - tak jak wskazano w odwołaniach - powołując się na przepis art. 87 ust.1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wprowadził zmiany do tych umów poprzez ich modyfikację celem – tak jak przyznał na rozprawie - ich dostosowania do zgodności z Istotnymi Postanowieniami Umowy Serwisowej, bądź w celu usunięcia wątpliwości interpretacyjnych na etapie ich realizacji, albo stwierdzając, że takie modyfikacje nie mają istotnego charakteru. Z ustaleń Izby wynika, że poprawianie omyłek następowało poprzez zastąpienie postanowień w brzmieniu proponowanym przez wykonawcę, postanowieniami z IPUS, bądź skreślenie proponowanego przez wykonawcę nowego postanowienia, jako pozostawiające wątpliwości interpretacyjne, co do ich zgodności z IPUS. Zamawiający stosował także procedurę

wyjaśnień powołując się na art. 87 ust.1 ustawy Pzp i wprowadzał także zmiany do danej umowy serwisowej poprzez zastosowanie klauzul wynikających z IPUS.

Mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że zgodnie z przepisem art. 87 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji z wykonawcą i konsekwencją tego nie jest dopuszczalne, z zastrzeżeniem ust.1a i 2 tego przepisu, dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty. Tak jak wskazuje się w orzecznictwie KIO i co podniesiono w odwołaniach (...) Wyjaśnieniu podlegać może treść oferty i istniejące w niej informacje w ramach których powinny się zamykać wyjaśnienia. W ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie jest dopuszczalna zmiana treści oferty". Tym samym wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp musi mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji i dotyczyć tylko tych elementów oferty, które są nie jasne. W żadnym wypadku instytucja wyjaśnień nie może prowadzić do usunięcia wad oferty, stanowiących o jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Z kolei procedura określona przepisem art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy poprawiania w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, jednakże niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Izba zauważa oczywiście, że wskazany art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności i posługuje się nieostrą kategorią „istotności”, jednakże – tak jak wskazuje się w orzecznictwie w tym także orzecznictwie KIO - poprawienie omyłki w ofercie nie może stanowić w *konsekwencji* wytworzenia nowego oświadczenia woli wykonawcy, odmiennego *de facto* od pierwotnego, celem doprowadzenia do zgodności z wymaganiami specyfikacji w tych przypadkach, gdy brak takiej zgodności *powodowałby* podstawę do odrzucenia takiej oferty. Izba zwraca także uwagę, że modyfikacje wprowadzane do oferty na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 nie mogą służyć usunięciu wątpliwości interpretacyjnych. Takiemu celowi służy procedura wyjaśnień, o których stanowi wskazany art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Jednakże procedura wyjaśnień – w świetle ustawy Pzp - nie może polegać na skreślaniu postanowień niezgodnych ze specyfikacją lub ich zastępowaniu w brzmieniu wymaganym specyfikacją.

W tym stanie rzeczy należy uznać, iż wszystkie zmiany postanowień Umowy Serwisowej dotyczące zabezpieczenia interesów Zamawiającego, w szczególności w dostosowaniu do ich zgodności z Istotnymi Postanowieniami Umowy Serwisowej nie mogą być kwalifikowane jako podlegające poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a tym bardziej na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Tym samym oferty w których stwierdzono istotne odstępstwa od postanowień IPUS należy traktować jako nieodpowiadające treści specyfikacji, o której stanowi art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, tym

bardziej, że Zamawiający w specyfikacji ustalił, że będzie odrzucona oferta, gdy projekt Umowy Serwisowej będzie sprzeczny lub nieuwzględniający Istotnych Postanowień Umowy Serwisowej, albo zawierający postanowienia uzależniające zastosowanie Istotnych Postanowień Umowy Serwisowej od dodatkowych warunków. Zakres wprowadzonych bowiem zmian w tym w stosunku do Umowy Serwisowej nie może inaczej kształtować zakresu obowiązków danego wykonawcy w stosunku do Zamawiającego.

Izba stwierdza jednocześnie, że z kolei niezgodność z wymaganiami specyfikacji, o której stanowi przepis art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, gdy w danych okolicznościach zostały podane minimalne warunki [parametry] odnoszące się, co do zasady do przedmiotu zamówienia, bądź innych elementów dotyczących zasad i warunków jego realizacji. Brak sprecyzowania przez Zamawiającego takich wymagań powoduje, że na etapie oceny ofert, dana oferta może być kwalifikowana jako oferta pod względem formalnym niekompletna, jednakże nie musi to prowadzić – zdaniem Izby - do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem takiej oferty nie można porównać z faktycznymi wymaganiami Zamawiającego. Tak jak wskazuje się w orzecznictwie zamawiający może odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tylko wówczas, gdy ustali w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, albowiem zachodzi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, gdyż przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i te niezgodności dotyczą istotnych elementów. Na marginesie Izba zauważa, że brak wymagań minimalnych powoduje, że wymagane opisanie przez wykonawcę tych warunków w konsekwencji jest zbędne dla prowadzonego postępowania i ich żądanie należy uznać za niezasadne. Izba stwierdza także, że podnoszony zarzut wprowadzania zmian z naruszeniem art. 87 ust.1 i 2 [w tym pkt 3], będzie skuteczny, jeżeli konsekwencją wprowadzenia takiej zmiany jest de facto dostosowanie treści oferty do specyfikacji i uchylenie w konsekwencji w sposób niezasadny podstaw odrzucenia oferty, o której stanowi przepis art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie – jak ustaliła Izba - podnoszone zarzuty dotyczą specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności w zakresie: części I siwz – Instrukcja dla wykonawców, części IV – Istotnych Postanowień Umowy Serwisowej [IPUS] oraz załącznika 2.2. i 3.4 do kontraktu, stanowiącego załącznik III do siwz.

Mając na uwadze wskazane generalnie ustalenia faktyczne i prawne oraz treść ofert wykonawcy Iberdrola i Abener, Izba stwierdziła, że zasługują na uwzględnienie podnoszone w odwołaniu zarzuty w zakresie naruszenia art. 87 ust.1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 a także art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczące oferty wykonawcy Iberdrola jak w pkt 1 uzasadnienia poniżej.

1. sygn. akt: KIO 320/12 oraz sygn. akt: KIO 321/12 - w zakresie dotyczącym oferty wykonawcy Iberdrola, Izba stwierdziła, co następuje:

Rozpoznając podnoszone w odwołaniach zarzuty – w granicach podtrzymywanych w toku rozprawy – a związane z treścią Umowy Serwisowej, Izba uznała, że treść tej umowy została ustalona z naruszeniem art. 87 ust.1 i ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Dokonując modyfikacji projektu umowy serwisowej Zamawiający stworzył w konsekwencji nowy projekt umowy serwisowej, zasadniczo inny niż przedłożony w ofercie w dniu 9.12.2011 r. Prowadziło to w konsekwencji – co podnoszono w odwołaniach – do zmiany oświadczeń woli wykonawcy Iberdrola w kwestiach zasadniczych, związanych z realizacją zamówienia oraz kształtujących w tym postępowaniu zobowiązania wykonawcy Iberdrola wobec Zamawiającego. Na uwzględnienie zatem zasługują zarzuty związane ze zmianą postanowień odnoszących się do daty wejścia w życie umowy, ubezpieczeń i zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zasad odpowiedzialności za utracone korzyści. Ponadto za zmianę nie podlegającą poprawieniu na podstawie wskazanego art. 87 ust.2 pkt 3 Izba uznała zmianę języka z polskiego na angielski związanej ze świadczeniem usługi doradztwa technicznego oraz postępowania arbitrażowego, a dodatkowo w postępowaniu arbitrażowym - modyfikację treści klauzuli dotyczącej rozstrzygania sporów. Także, zdaniem Izby, brak w umowie serwisowej parametrów gwarantowanych wymaganych IPUS nie mógł być wprowadzony w trybie przewidzianym art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Podobnie zmiany wprowadzone w pkt 2.1 i 2.2 US, które to postanowienia dotyczące zakresu przedmiotowego umowy - zostały w istocie w całości zastąpione przez Zamawiającego. Podobnie, art. 87 ust.1 ustawy Pzp nie mógł stanowić podstawy do zmiany – podanego w umowie serwisowej - wzoru dla obliczania dyspozycyjności. Jak już wskazano procedura służy wyjaśnieniu wątpliwości a nie modyfikacji postanowień umowy serwisowej, w celu usunięcia wątpliwości interpretacyjnych. Także wprowadzenie do umowy serwisowej postanowień w zakresie kar umownych – faktycznie pominiętych w tej umowie przez wykonawcę Iberdrola – jest niezgodne z procedurą określoną art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji wprowadzone zmiany w stosunku do umowy serwisowej przedłożonej przez wykonawcę Iberdrola w ofercie z dnia 9.12.2011 r. w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Izbę skutkują kwalifikacją postanowień tej umowy jako nieodpowiadającej postanowieniom specyfikacji. Tak jak stwierdził Odwołujący zakres praw i obowiązków, jakie nałożył na siebie Iberdrola w Umowie Serwisowej stanowi element oświadczenia woli wykonawcy i tym samym dokonane poprawki przez Zamawiającego stanowią istotną zmianę oświadczenia woli Iberdrola. Izba zwraca uwagę, że brak tych zmian uprawniałby w konsekwencji wykonawcę Iberdrola do wykonania

zupełnie innego zamówienia, niż oświadczył w Umowie Serwisowej, i tym samym ta oferta nieodpowiada treści specyfikacji.

Izba nie uwzględniła natomiast zarzutu dotyczącego „licznych zmian definicji lub wprowadzenia nowych”, albowiem wskazując na ten zarzut wykonawca – zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Pzp - nie uzasadnił w odwołaniu tego zarzutu. Podobnie, wskazując na rozszerzenie zakresu zadań Kierownika Realizacji Umowy Serwisowej nie podał, na czym miałyby polegać sprzeczność z IPUS, bądź realizację których postanowień warunkowałaby taka zmiana, gdyż tylko w takim przypadku postanowienie mogłoby być uznane za sprzeczne [niezgodne] ze specyfikacją. Także zarzut dotyczący pkt 8.2.2 US nie został uwzględniony przez Izbę, albowiem w tym przypadku Izba mając na uwadze argumentację jak powyżej, uwzględniła także stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że w umowie serwisowej uwzględniono de facto sposób obliczania wynagrodzenia odpowiadający IPUS. Podobnie zdaniem Izby, w odwołaniu nie wykazano bezspornie, że dodanie dodatkowych postanowień jest sprzeczne z IPUS. Tak jak wskazała Izba dodanie nowych postanowień w umowie serwisowej – także w zakresie art. 1 do 13 - z zasady nie mogło być kwalifikowane jako naruszenie specyfikacji [IPUS]. Ich ocena musi następować także z uwzględnieniem pkt 14.1 wskazanej Instrukcji dla Wykonawców.

Izba stwierdziła także, że uwzględnieniu podlegają zarzuty dotyczące tomu II i III oferty Iberdrola – związane ze zmianą parametrów, materiałów produktów oraz sposobu wykonania zamówienia, przedstawione w ofercie Iberdrola. Tak jak już wskazano w odwołaniu omyłki w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp mogą być poprawnione wyłącznie na podstawie treści oferty złożonej przez wykonawcę. Omyłki, które zostały poprawione przez Zamawiającego nie zostały wskazane w innej części oferty Iberdrola lub dokumentów do niej załączonych, a zatem Zamawiający nie miał wiedzy w jaki sposób powinien poprawić omyłki, a w konsekwencji nie miał podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Także zdaniem Izby wskazanie określonego rodzaju paramentów czy materiału, a także sposobu wykonania zamówienia stanowi element oświadczenia woli wykonawcy i powoływanie się przez Zamawiającego na ogólne oświadczenie złożone w formularzu oferty – deklaracja wykonania zamówienia zgodnie z siwz – nie jest dosteczna.

W zakresie zarzutu dotyczącego tomu III oferty, Izba stwierdziła, że brak wypełnienia poszczególnych rubryk należy kwalifikować jako braki formalne tej oferty. W tym przypadku bowiem Izba ustaliła, że Zamawiający nie określił w spornych pozycjach minimalnych parametrów, dlatego też – zdaniem Izby - brak tych danych pozostawał bez wpływu na ocenę oferty, co do jej zgodności z wymaganiami specyfikacji. Także Izba uznała, że wskazywana przez wnoszącego odwołanie Deklaracja wykonawcy jako odrębny dokument nie była w tym postępowaniu wymagana. Izba nie uwzględniła także zarzutu, dotyczącego załącznika nr 2.2. do Kontraktu pkt 1.2., albowiem w tym przypadku wnoszący odwołanie

zarzut dotyczący niezgodności Bloku z siwz *de facto* oparł na wyjaśnieniach z dnia 30 stycznia 2012 r. w których wykonawca Iberdrola stwierdził, że „[...] intencją Wykonawcy było przedłożenie Zamawiającemu oferty możliwie zgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia”. Użycie przez Iberdrola powyższego sformułowania jako wyjaśnienia, zdaniem Odwołującego w sposób rażąco narusza postanowienia SIWZ i przepisy ustawy Pzp i powinno być jednoznacznym powodem do odrzucenia przez Zamawiającego oferty Iberdrola. Izba, w tym przypadku mając także na względzie art. 190 ust.1 ustawy Pzp, nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że użycie sformułowania „możliwie zgodna” wskazuje jasno, że intencją Iberdrola było spełnić wymagania SIWZ w niewystarczającym zakresie. Tym samym – w ocenie Izby – wskazywane niezgodności nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty Iberdrola w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

2. Sygn. akt: KIO 320/12 - w zakresie dotyczącym oferty wykonawcy Abener - odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Izba, rozpoznając odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Abener stwierdziła, że te zarzuty nie podlegają uwzględnieniu. W zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, a podtrzymanych w toku rozprawy - Izba za niezasadny uznała zarzut niezgodności projektu Umowy Serwisowej z pkt 7.1.1 oraz z pkt 7.1.8 IPUS z uwagi na uzupełnienie punktu 7 US o dodatkowy punkt 7.1.11, który – zdaniem Odwołującego - ogranicza prawo Zamawiającego do kontroli dyspozycyjności określony w SIWZ, albowiem nie gwarantuje Wskaźnika Dyspozycyjności na poziomie 94% w każdym roku obowiązywania umowy. W tym przypadku Izba stwierdziła, że Umowa Serwisowa w kwestionowanym zakresie jest zgodna z wymaganiami IPUS. Tak jak podnosił w toku rozprawy przystępujący wykonawca Abener kwestionowane zdanie drugie w pkt 7.1.11 odnosi się wyłącznie do gwarancji dyspozycyjności w latach, w których nastąpi Przegląd Części Gorącej oraz Przegląd Główny. Ponadto – tak jak podniósł Przystępujący - dodanie kolejnego punktu do Projektu Abener powoduje, że wykonawca będzie zobowiązany, co do zasady nie tylko do utrzymywania WD na poziomie 94% w skali rocznej, co wynika z oświadczenia złożonego w punktach 7.1.1 oraz 7.1.8 IPUS, ale także do zachowania takiego samego współczynnika w skali całego Projektu. Izba zgodziła się także, że postanowienia pkt 7.1.1 i 7.1.8 Projektu Abener zawierają identyczną treść jak postanowienia pkt 7.1.1 i 7.1.8 IPUS. Ponadto postanowienia IPUS przewidują możliwość odstąpienia od zasady rozliczania gwarancji dyspozycyjności w okresach rocznych. Postanowienie z pkt 7.1.11 zdanie 2 Projektu Abener, zgodnie z którym "Strony uzgodnią wartość gwarancji dyspozycyjności w latach, w których wystąpi Przegląd Części Gorącej lub Przegląd Główny na podstawie wartości gwarancyjnych, jakie Generalny Wykonawca uzgodnił z wytwórcą Turbozespołu Gazowego", także zdaniem

Izba, w żaden sposób nie warunkuje wykonania zobowiązania wobec Zamawiającego i nie jest sprzeczne z postanowieniami zdania 1. tego samego punktu Projektu Abener, albowiem brak uzgodnienia nie wywołuje negatywnych skutków dla Zamawiającego. Izba zwraca także uwagę, że Zamawiający w piśmie z dnia 15.11.2011 r. w odpowiedzi udzielonej na pytanie uczestników postępowania nr 36 wskazał, iż "dyspozycyjność będzie liczona dla każdego roku osobno, przy czym w latach gdy osiągnięcie tak wysokiego wskaźnika dyspozycyjności będzie niemożliwe - np. lata z Przeglądem Planowanym, wówczas dyspozycyjność na wniosek Generalnego Wykonawcy będzie liczona jako średnia od początku okresu eksploatacji". W konkluzji Izba stwierdza, że pisma Zamawiającego z dnia 27.01.2012 r. oraz odpowiedzi wykonawcy z dnia 30.01.2012 r. nie można kwalifikować jako negocjacji prowadzących w konsekwencji do zmiany treści oferty, w sposób niedozwolony na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odpowiedzi udzielone przez wykonawcę Abener w zakresie pkt 7.1.11 Projektu Abener nie powodują rozszerzenia ani ograniczenia treści oferty lecz wyjaśnienia jej postanowień. Także zarzut niezgodności definicji "Godzin Nieplanowanego Przejścia" zaproponowanej przez wykonawcę Abener w pkt 1 (Definicje) Projektu Abener nie zasługuje na uwzględnienie. Dodane zdanie, że „Zamawiający nie może się sprzeciwić w nieusprawiedliwiony sposób działaniom warunkującym prawidłowy sposób obliczania GNP” – tak jak twierdził przystępujący wykonawca Abener - potwierdza jedynie obowiązek Zamawiającego do współdziałania i lojalności przy wykonywaniu zobowiązania w celu umożliwienia prawidłowej jego realizacji, a także do korzystania ze swoich uprawnień w sposób zgodny z zasadami współżycia społecznego (do czego zobowiązuje Zamawiającego treść art. 5 oraz 353' oraz art. 354 Kodeksu cywilnego). Takie uzupełnienie definicji ma wyłącznie charakter informacyjny, w żaden sposób nie zmienia warunków realizacji zamówienia przez Zamawiającego i tym samym nie uzależnia zastosowania Projektu Abener od dodatkowych warunków, a tym samym *odpowiada założeniom wynikającym z pkt 14.2.1 Instrukcji dla Wykonawców*. W zakresie zarzutów dotyczących punktu 5.15 Umowy Serwisowej oraz załącznika nr 2.1 do Kontraktu [Dane i założenia projektowe dla przedmiotu kontraktu] Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że przystępujący wykonawca Abener oferuje przedmiot zamówienia niezgodny z potrzebami Zamawiającego. Izba miała na względzie stanowisko Zamawiającego, że w przypadku powoływania się przez wykonawcę na specyfikacje własne lub producenta Zamawiający prosił o potwierdzenie zgodności z wymaganiami Kontraktu EPC. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że takie odesłanie do specyfikacji technicznych mediów producenta znajduje się również w ofercie Odwołującego i kwestia ta była przedmiotem wyjaśnienia w toku oceny oferty. Nie zasługuje tym samym na uwzględnienie twierdzenie Odwołującego, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Abener [pismo z dnia 30.01.2012 r.] wskazują na niedozwolone negocjacje treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Udzielając odpowiedzi z dnia 30.01.2012 r. wykonawca nie dokonał

zmiany treści oferty, lecz w dopuszczalnym zakresie wyjaśnił postanowienie, nie powodując rozszerzenia ani ograniczenia treści oferty i tym samym te wyjaśnienia nie mogą być kwalifikowane jako niedozwolone negocjacji treści oferty. Izba stwierdza także, że wymienienie katalogu substancji w pkt 5.15 nie oznacza – zdaniem Izby - narzucenia Zamawiającemu dodatkowego obowiązku korzystania z mediów, których wykorzystania nie przewidział w SIWZ. Także zarzut dotyczący załącznika 2.1 [pkt 2.2. i 2.3] podlega oddaleniu, albowiem Izba podtrzymała argumentację analogiczną jak w przypadku zarzutu odnoszącego się do pkt 5.15 Umowy Serwisowej. Zdaniem Izby – w okolicznościach niniejszej sprawy - odwołanie się do Standardów GE nie zmienia okoliczności, iż zgodnie z treścią oświadczenia wykonawcy Abener – podobnie jak i Odwołującego - wskazane standardy mieszczą się w wymaganiach Zamawiającego wynikających z Kontraktu oraz SIWZ. Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut związany z punktem 9.3 US. W tym przypadku Izba stwierdziła, że dodanie przez wykonawcę Abener do treści pkt 9.3 Projektu Abener zdanie w brzmieniu: "Strony uzgodnią wzór do obliczenia odpowiedzialności Generalnego Wykonawcy za każdy rok, przez cały czas trwania niniejszej umowy nie narusza zasad ustalonych w pkt 14.2.1 Instrukcji dla Wykonawców. Wzór ten co prawda nie powinien być kwalifikowany jako omyłka w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, ale jednocześnie zdaniem Izby to postanowienie nie ograniczało odpowiedzialności wykonawcy Abener i tym samym nie można tego postanowienia kwalifikować jako sprzecznego z SIWZ, co powinno uzasadnić odrzucenie oferty wykonawcy Abener na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła przede wszystkim, że w pkt 9 Umowy Serwisowej wykonawca Abener uwzględnił wymagania IPUS, stanowiące o limicie odpowiedzialności Abener za korzyści utracone przez Zamawiającego. Ponadto zgodnie z dodanym zdaniem drugim wskazany wzór wymaga uzgodnienia po zawarciu umowy z wykonawcą i brak takiego uzgodnienia nie powoduje negatywnych skutków dla Zamawiającego - o ile strony nie uzgodnią wzoru, o którym mowa w dodanym zdaniu, postanowienia IPUS dotyczące odpowiedzialności Generalnego Wykonawcy i tak znajdą zastosowanie, zgodnie z postanowieniami zdania 1. punktu 9.3 Projektu Abener. Kwestionowane zdanie 2 nie przewiduje także ograniczenia limitu odpowiedzialności Wykonawcy ani zmiany zasad tej odpowiedzialności. Tym samym zdanie dodane do treści punktu 9.3. nie zmienia zasad odpowiedzialności, jak również nie uzależnia tej odpowiedzialności od dodatkowych warunków, a w szczególności od konieczności uzgodnienia wzoru, o którym mowa w dodanym zdaniu. Również w zakresie załącznika A związanego z kalkulacją ceny oferty Izba stwierdziła, że zarzut ten jest niezasadny, albowiem obliczenie ceny oferty przy założeniu 8.000 godzin pracy tylko dla turbozespołu jest zgodne ze specyfikacją. Wskazywany punkt 19.3.2. Instrukcji dla Wykonawców stanowi – jak wyjaśnił Zamawiający - pewne założenie dotyczące pracy turbozespołu, a podana liczba godzin miała na celu przyjęcie przez wykonawców dla kalkulacji – wyłącznie – kosztu serwisu

wyłącznie w oparciu o te same podstawy eksploatacji i nie może być odnoszone do innych warunków określonych w dokumentacji, w tym do postanowień załącznika nr 6 odnoszącego się do dyspozycyjności Bloku, albowiem wskazana liczba 8000 godzin dotyczy tylko pracy turbosespołu dla kalkulacji ceny w zakresie usługi serwisowej. Co do zarzutu niewłaściwego wypełnienia załącznika 3.4 "Dane techniczne" Izba stwierdziła, że sposób wypełnienia przez wykonawcę załącznika nie może świadczyć o sprzeczności treści oferty ze specyfikacją. Tak jak podniósł przystępujący wykonawca, Zamawiający w treści załącznika 2.2 do SIWZ (punkt 6.1.7 oraz 6.1.8) wskazał, iż wykonanie kontenera agregatu prądotwórczego oraz kontenera agregatu spalin następuje wg dostawcy takich kontenerów. Mając na uwadze powyższe można było uznać, iż Zamawiający umożliwił wypełnienie załącznika 3.4. w zakresie kontenerów poprzez odwołanie do danych technicznych, które poda dostawca kontenera. Ponadto Zamawiający nie określił w treści SIWZ [w tym również w treści Załącznika 2.2] minimalnych danych technicznych, jakie powinien spełniać kontener agregatu prądotwórczego oraz kontener agregatu spalin i tym samym dane techniczne w tym zakresie nie miały znaczenia dla Zamawiającego z punktu widzenia porównania ofert złożonych przez wykonawców oraz z punktu widzenia celu, któremu przedmiotowe dane miały służyć. Z treści przytoczonych postanowień wynika, że Zamawiający odwołuje się do danych technicznych podawanych przez dostawcę kontenera, co także oznacza, że Zamawiający dopuścił ewentualną ich zmianę. W innym przypadku Zamawiający skonkretyzowałby parametry techniczne kontenera - nie uzależniając ich wskazania od woli dostawcy - podmiotu trzeciego. W konkluzji Izba dodatkowo stwierdza, że brak parametrów kontenerów wyrażonych jako konkretne wartości matematyczne nie stanowi sprzeczności z SIWZ, o której mowa w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powyższe ustalenia wskazują zatem, że zmiany wprowadzone do oferty Iberdrola naruszają granice wyznaczone art. 87 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i tym samym oferta tego wykonawcy w brzmieniu przedłożonym w dniu 9 grudnia 2011 r. nie odpowiada treści specyfikacji i w niniejszej sprawie na uwzględnienie zasługuje także wskazywany w odwołaniach [sygn.akt : KIO 320/12 i 321/12] zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 91 ust.1 ustawy Pzp.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 lit. b 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), zgodnie z którym wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż kwota 3.600 zł.

.....

.....

.....