

Sygn. akt: KIO 237/13
KIO 244/13

WYROK
z dnia 25 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**
Emil Kuriata
Honorata Łopianowska

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2013 r., 25 lutego 2013 r., 28 lutego 2013 r., 7 marca 2013 r., 13 marca 2013 r. i 21 marca 2013 r. odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2013 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 4 lutego 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC-Lavalin Inc. Kanada, Hitachi Power Europe GmbH Duisburg, ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa (sygn. akt: KIO 237/13),**

B. w dniu 4 lutego 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: China National Electric Engineering Co., Ltd., China Overseas Engineering Group Co., Ltd, 9 South Shouti Road, District Haidian, Pekin Chińska Republika Ludowa (sygn. akt: KIO 244/13),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Wytwarzanie S.A., ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC-Lavalin Inc. (Kanada), Hitachi Power Europe GmbH (Duisburg), ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 244/13 po stronie zamawiającego,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: China National Electric Engineering Co., Ltd., China Overseas Engineering Group Co., Ltd, 9 South Shouti Road, District Haidian, Pekin Chińska Republika Ludowa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 237/13 po stronie zamawiającego,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: RAFAKO S.A., Mostostal Warszawa S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 237/13 oraz KIO 244/13 po stronie zamawiającego,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstom Power Sp. z o.o., Alstom Power System GmbH, al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 244/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania:
 - A. o sygn. akt KIO 237/13,
 - B. o sygn. akt KIO 244/13,

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC-Lavalin Inc. (Kanada), Hitachi Power Europe GmbH (Duisburg), ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa** (sygn. akt KIO 237/13) oraz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: China National Electric Engineering Co., Ltd., China Overseas Engineering Group Co., Ltd, 9 South Shouti Road, District Haidian, Pekin, Chińska Republika Ludowa** (sygn. akt KIO 244/13), i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących się, w tym:
 - A** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC-Lavalin**

**Inc. (Kanada), Hitachi Power Europe GmbH (Duisburg),
ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

- B** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: China National Electric Engineering Co., Ltd., China Overseas Engineering Group Co., Ltd, 9 South Shouti Road, District Haidian, Pekin, Chińska Republika Ludowa** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 237/13

KIO 244/13

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na Budowę nowych mocy w technologiach węglowych w Tauron Wytwarzanie SA - Budowa bloku energetycznego o mocy 800-910 MW na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Jaworzno III - Elektrownia II w zakresie: kocioł parowy, turbozespół, budynek główny, część elektryczna i AKPiA bloku". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 maja 2010 r. pod numerem 2010/S 99-150187.

W dniu 24 stycznia 2013 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Konsorcjum Rafako oraz o odrzuceniu trzech pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, tj. oferty Konsorcjum: SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o. SNC-Lavalin Inc. Hitachi Power Europe GmbH, oferty Konsorcjum: China National Electric Engineering Co., Ltd., China Overseas Engineering Group Co., Ltd, 9 South Shouti Road, District Haidian, Pekin Chińska Republika Ludowa oraz oferty konsorcjum: Alstom Power Sp. z o.o., Alstom Power System GmbH.

KIO 237/13

Odwołujący: Konsorcjum: SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o. SNC-Lavalin Inc. Hitachi Power Europe GmbH z siedzibą lidera w Warszawie (dalej zwane: „Konsorcjum SNC”) wniósł odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego podczas, gdy oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „siwz” oraz alternatywnie w odniesieniu do wskazanych w uzasadnieniu zarzutów - naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp;
- art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Rafako S.A., Mostostal Warszawa S.A. (dalej Konsorcjum Rafako);
- art. 91 ust 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Rafako jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz uznania oferty odwołującego za niepodlegającą odrzuceniu, odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Rafako i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł następujące okoliczności:

I. Odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący podniósł, że zarzuty stanowiące podstawę odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp są jedynie niezgodnościami formalnymi, które nie mają znaczenia dla zobowiązania wykonawcy do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego zamawiający w sposób skomplikowany i nadmiernie szczegółowy określił w postanowieniach siwz sposób przygotowania oferty, nakazując podanie nie tylko informacji ważnych dla określenia zakresu zobowiązania, sposobu spełnienia świadczenia itd., ale również wymagał złożenia tych samych informacji wielokrotnie, składania dodatkowych szczegółowych oświadczeń, które nie niosąc dodatkowej treści zawierają się w oświadczeniu o przyjęciu warunków przetargu - akceptacji siwz oraz postanowień Kontraktu.

W niektórych przypadkach zarzuty zamawiającego w odniesieniu do oferty odwołującego opierają się na odmiennej interpretacji postanowień siwz, np. przyjęciu, że jedynym właściwym sposobem prezentacji wymaganych informacji jest zestawienie umieszczone w określonej części oferty (pomimo braku tak sprecyzowanego wymogu) oraz uznaniu, że przedstawienie tych informacji w sposób wybrany przez wykonawcę nie jest wystarczające. Odwołujący podkreślił, że żaden z zarzutów podniesionych w stosunku do oferty odwołującego nie stanowi o niezgodności zaoferowanych rozwiązań technicznych lub niezgodności z wymaganiami kontraktowymi co do terminów, sposobu płatności, udzielanych gwarancji itp.

1) Punkt tabeli (Załącznik nr 1 do Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty) - Brak listy stosowanych jednostek oraz zastosowanych symboli.

Odwołujący podniósł, że w formularzu oferty złożył potwierdzenie o treści: „zapoznaliśmy się z wymaganiami przyszłego Załącznika nr 2A do Kontraktu, zamieszczonymi w załącznikach AI-rA8 w Części II.2 SIWZ (Część Techniczna) wraz z ich zmianami wynikającymi z odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego (jeśli takie wystąpią) i oświadczamy, że akceptujemy zapisy przyszłego Załącznika nr 2A do Kontraktu, zamieszczonymi w załącznikach AI-rA8 w Części II.2 SIWZ wraz z jego zmianami wynikającymi z odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego (jeśli takie wystąpią).” Odwołujący wyjaśnił, że Załącznik A.2 część II.2 siwz „Skróty, oznaczenia, jednostki i symbole”, który stanowić ma jeden z załączników do Kontraktu, zawiera listę jednostek i symboli. Brak sporządzenia odrębnego dokumentu dodatkowego do tegoż załącznika nie oznacza braku przedstawienia wymaganych jednostek i symboli, i może być ewentualnie traktowany jak niezgodność formalna, nie zaś niezgodność treści oferty z treścią siwz.

2) Punkt tabeli (Załącznik nr 1 do Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty) - Harmonogram Rzeczowo-Finansowy złożony w ofercie, wbrew wymogom siwz, nie

sumuje się do 100% ale do 99,972%.

Odwołujący wyjaśnił, że suma wartości podanych w procentach, równa 99,972 wynika z zaokrągleń zastosowanego do przygotowania tego dokumentu programu MS Excel.

Wraz

z ofertą zamawiający otrzymał płytę CD z wersją elektroniczną pliku, a więc możliwe jest rozwinięcie przez zamawiającego podanych wartości, tak by nie wystąpił problem zaokrągleń. Powyższe nie wymaga żadnych zmian w ofercie, które musiałyby zostać uzgodnione

z wykonawcą. Oferta jest zatem w pełni zgodna z wymaganiami siwz - zaokrąglenia przedstawione na wydruku nie stanowią o jej sprzeczności z wymaganiami zamawiającego.

- 3) Punkt tabeli (Załącznik nr 1 do Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty) - Harmonogram Rzeczowo-Finansowy został sporządzony bez podania wartości poszczególnych etapów realizacji wyrażonych w PLN - odwołujący podał wartość etapów w procentach od wartości całkowitej ceny oferty.

Harmonogram Rzeczowo-Finansowy zawiera informacje o wartości każdego z wymienionych w nim etapów. Podanie wartości etapu, jako części wyrażonej w procentach od ceny całkowitej, umożliwia odczytanie wymaganej informacji, tj. dla każdego etapu możliwe jest, bez dokonywania jakichkolwiek ustaleń z wykonawcą, odczytanie wartości etapu wyrażonej w złotych polskich. Tym samym powyższa niezgodność harmonogramu ma jedynie wymiar formalny - nie odnosi się do wymaganej przez zamawiającego treści oferty. Sam zamawiający w niektórych etapach, wymienionych w wymaganiach dotyczących załącznika nr 3 (część III.2 SIWZ), narzucił maksymalne wartości poszczególnych etapów przez określenie ich w procentach od ceny oferty. Tym samym sporządzenie w ten sposób harmonogramu nie może być traktowane jako błąd. Odwołujący wskazał, że nawet gdyby kontryfaktycznie uznać, że podanie informacji o wartości etapów w procentach w stosunku do ceny oferty jest niezgodnością z siwz, to niezgodność ta powinna być przez zamawiającego poprawiona na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, gdyż podanie w harmonogramie wartości etapów w inny sposób niż wymagany może być bez uszczerbku dla treści oferty, jak też bez prowadzenia negocjacji z wykonawcą, samodzielnie poprawione przez zamawiającego.

- 4) Punkt 3. 4 oraz 5 tabeli (Załącznik 1 do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty) – brak zamieszczenia w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym wymaganych etapów: Dostawa generatora, Zakończenie montażu turbozespołu oraz Zakończenie montażu IOS oraz brak zamieszczenia w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym pozycji: Dostawa turbiny.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w Instrukcji sporządzenia Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (Wymagania dot. Załącznika 3 do Kontraktu, część III.2 siwz, str. 8-13) podał wymaganie o treści: „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy przygotowywany przez

Wykonawcę w Ofercie musi być zgodny z zapisami Artykułu III Kontraktu (Część III.1. SIWZ) i musi zawierać/uwzględniać także wymienione niżej kluczowe etapy Realizacji Kontraktu oraz uwzględniać fakt, że podpisanie Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji musi nastąpić nie później niż w ciągu 59 (pięćdziesięciu dziewięciu) miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu (punkt 5.1. Artykułu V Kontraktu)". Ponadto zamawiający wskazał, że możliwe jest określenie w dowolny sposób Etapów realizacji, przy czym nie powinno ich być więcej niż 100, przy założeniu ich zgodności z Kontraktem. Pod tabelą na str. 13/69 część III.2 siwz zamawiający wskazał, że: „Harmonogram Rzeczowo - Finansowy złożony przez Wykonawcę w Ofercie może być przedmiotem dodatkowych uszczegółowień Zamawiającego z wybranym Wykonawcą i może być nieznacznie doprecyzowany, ale przy zachowaniu zapisów i wymagań w Artykule III Kontraktu."

Jak wynika z powyższego, kluczowe było, aby przygotowany harmonogram był zgodny z Art. V Kontraktu. Postanowienia zaś tego artykułu odnoszą się do Ramowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu, który wymienia jedynie siedem etapów, co do których zamawiający postawił wymagania dotyczące terminu ich realizacji.

W zakresie pozycji „dostawa turbiny”, „dostawa generatora”, „zakończenie montażu turbozespołu” oraz „zakończenie montażu IOS” zamawiający nie sprecyzował żadnych wymagań ani dotyczących terminu, ani też dotyczących przypadającej na wykonanie tych etapów maksymalnej wartości kontraktu. Tym samym zarzut zamawiającego de facto sprowadza się do tego, że użyte sformułowania w ofercie nie są dokładnym powtórzeniem słownictwa zastosowanego w instrukcji sporządzonej przez zamawiającego.

Nadto, wbrew twierdzeniom zamawiającego, w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym sporządzonym przez odwołującego znajdują się pozycje odpowiadające wymienionym etapom, tj. pod pozycją 26 umieszczono „generator FOB” co odpowiada „dostawie generatora”, pod pozycją 29 umieszczono „LP turbiny FOB”, co odpowiada „dostawie turbiny”, pod pozycją 40 umieszczono „Zakończenie montażu mechanicznego IOS”, co odpowiada „zakończeniu montażu IOS” oraz po pozycją 39 „zakończenie montażu mechanicznego turbozespołu”, co odpowiada „zakończeniu montażu turbozespołu”.

W odniesieniu do dwóch ostatnich pozycji odwołujący wskazał, że użyte w ofercie (harmonogramie) sformułowania są bardziej precyzyjne, oznaczają zakończenie montażu danego elementu, jednak jego eksploatacja możliwa jest dopiero po wykonaniu pozostałych prac dotyczących całego obiektu (np. części elektrycznej, synchronizacji poszczególnych elementów obiektu itd.). Zamawiający nie doprecyzował w siwz, że „zakończenie montażu” wymienione w sporządzonym przez niego wzorze harmonogramu ma obejmować więcej prac niż montaż mechaniczny danego urządzenia, w związku z czym nie zachodzi niezgodność treści Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego z wymaganiami siwz.

W odniesieniu do pozycji „generator FOB” oraz „LP turbiny FOB” zamawiający

podniósł zarzut o ich niezgodności z wymaganiami siwz odnoszącymi się do formuły dostaw importowanych do Polski. Z użytego skrótu FOB zamawiający wywodzi, iż zamówienie nie będzie zrealizowane w wymaganej przez niego formule. Do twierdzenia takiego jednak nie ma podstaw, gdyż w formularzu oferty odwołujący wyraźnie wskazał, że akceptuje postanowienia Kontraktu, w tym dotyczące przyjętego sposobu dostaw. Sama nazwa, pojęcie, jakim określono dany etap nie oznacza odstąpienia od tego zobowiązania. W związku z powyższym nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, iż w harmonogramie nie uwzględniono wymaganych etapów. Odwołujący podkreślił, że zamawiający wymagał jedynie ich uwzględnienia, a nie zacytowania konkretnych nazw.

- 5) Punkt 6, 7 oraz 8 tabeli (Załącznik 1 do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty) - niezgodność kwot podanych w formularzu oferty w trzech pozycjach z wartością tych pozycji wskazaną w Harmonogramie Rzeczowo- Finansowym, tj. pkt 2.1.3 formularza oferty z punktem 74 harmonogramu, pkt 2.2.1 formularza oferty z punktem 48 harmonogramu oraz pkt 2.1.1. formularza oferty z punktem 50 harmonogramu.

Zamawiający przygotowując siwz określił hierarchię składanych dokumentów. W Kontrakcie w Artykule XXI w punkcie 21.22 podał, iż w przypadku rozbieżności pomiędzy dokumentami tworzącymi Kontrakt decydująca jest następująca kolejność: (1) postanowienia niniejszego dokumentu (czyli treści Kontraktu), (2) postanowienia Załączników do Kontraktu przygotowanych przez Zamawiającego, (3) postanowienia Załączników przygotowanych przez Wykonawcę. Jednocześnie w treści Kontraktu przez Artykuł II Cena Kontraktu zamawiający wskazał: „Wykonawca nie wypełnia w Ofercie punktów 2.1., 2.8 , 2.9., 2.10. i 2.11. niniejszego Artykułu. Punkty 2.1., 2.8, 2.9., 2.10. i 2.11. niniejszego Artykułu zostaną wypełnione przez Zamawiającego przed zawarciem Kontraktu z wybranym Wykonawcą, tzn. do punktów 2.1., 2.8 , 2.9., 2.10. i 2.11. niniejszego Artykułu zostaną przeniesione ceny podane przez Wykonawcę w punkcie 2 formularza Oferta”. W odniesieniu zaś do przygotowywanego przez wykonawcę Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, który stanowić ma Załącznik nr 3 do Kontraktu zamawiający wskazał: „Harmonogram Rzeczowo - Finansowy złożony przez Wykonawcę w Ofercie może być przedmiotem dodatkowych uszczegółowień Zamawiającego z wybranym Wykonawcą i może być nieznacznie doprecyzowany, ale przy zachowaniu zapisów i wymagań w Artykule III Kontraktu”.

Opierając się o powyższe zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy stwierdzić, że w przypadku rozbieżności nie ulega wątpliwości, że przeważające są zapisy umieszczone w formularzu oferty. Kwoty zaś w nim wskazane stanowią podstawę do uzupełnienia odpowiednich postanowień Artykułu II Kontraktu. Jednocześnie istnieje możliwość doprecyzowania zapisów harmonogramu tak, aby ww. dokumenty zawierały te same kwoty. Hierarchia dokumentów narzucona przez zamawiającego jednoznacznie

wskazuje na sposób ich korelacji.

- 6) Punkt 9 tabeli (Załącznik 1 do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty) - w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu nie uwzględniono wykonania i przekazania zamawiającemu etapów dotyczących rodzajów dokumentacji.

W treści wymagań dotyczących Załącznika nr 6 do Kontaktu (część III.2 siwz) zamawiający nie sprecyzował wymogu, aby Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu zawierał szczegółowo opisane etapy przekazywania dokumentacji. Jedyny wymóg odnoszący się do Artykułu VI Kontraktu, w którym wymienione są te etapy to „spójność” z punktem 6.1. oraz zgodność z określonymi w Kontrakcie terminami na wykonanie tych etapów. Wymagania co do minimalnej zawartości Ramowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu zawarte są w opisie przy Artykule V do Kontraktu, w którym wskazano na „kluczowe zdarzenia w realizacji inwestycji”, a te zamawiający zdefiniował 7 (punkt 5.2 Kontraktu). Zarzut zamawiającego dotyczy przekazywania dokumentacji wskazanej w Artykule VI Kontraktu, co nie zostało określone jako „kluczowe zdarzenie w realizacji inwestycji” w opisie zamieszczonym w Wymaganiach dla sporządzenia Załącznika nr 6.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wszystkie kwestionowane przez zamawiającego etapy przekazania dokumentacji zostały wymienione w Artykule VI Kontraktu, w taki sposób, że nie przewiduje się uzupełnienia postanowień Kontraktu o konkretne daty. Termin przekazania dokumentacji został bowiem określony jako „najpóźniej w terminie 30 dni przez datą rozpoczęcia Rozruchu określoną w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu” (pkt 6.1.7.1., 6.1.7.2, 6.1.7.3); „najpóźniej w terminie 30 dni przed datą podpisania Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji określoną w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu” (pkt 6.1.7.4); „w terminie 90 dni przez datą podpisania Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji określoną w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu” (pkt 6.1.8); „w terminie najpóźniej 15 dni przed datą rozpoczęcia Ruchu Próbnego określoną w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu” (pkt 6.1.9) oraz „w terminie najpóźniej 30 dni przed datą podpisania Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji określoną w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu”.(pkt 6.1.10). Tym samym dla prawidłowego wypełnienia zapisów Art. VI Kontraktu nie jest niezbędne podanie dat przez wykonawcę. Jakiegokolwiek by one bowiem nie były, wiążą postanowienia Kontraktu, które terminy uzależniają od wystąpienia innych zdarzeń - te zaś zostały przez odwołującego sprecyzowane w ofercie. Zamawiający nie może mieć żadnych wątpliwości co do zobowiązania odwołującego do dotrzymania terminów na dostarczenie kolejnych dokumentacji, gdyż w ofercie (str. 425 – 427) znajduje się potwierdzenie, że zostaną dochowane wymagane terminy określone w Art. V Kontraktu (a więc te, które powinny być zawarte w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu) oraz Art. VI. Tym samym zarzut niezgodności treści oferty z treścią siwz nie znajduje uzasadnienia.

- 7) Punkt 10 tabeli (Załącznik 1 do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty) - brak złożenia w ofercie oświadczenia pt. „Wymagania dla Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu”.

Odwołujący wskazał, że w pkt 5.3. Kontraktu (Art. V) zamawiający narzucił sposób przygotowania Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu: „Nie później niż 30 (trzydzieści) dni przed protokolarnym przejściem od Zamawiającego Terenu Budowy, Wykonawca sporządzi i uzgodni z Zamawiającym szczegółowy Harmonogram Realizacji Kontraktu. W szczegółowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu Wykonawca uwzględni wszystkie terminy podane w Załączniku nr 6 do Kontraktu (Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu). Szczegółowy Harmonogram Realizacji Kontraktu będzie doprecyzowany zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zamieszczonymi w Załączniku nr 6 do Kontraktu, w tym o wszystkie powiązania logiczne. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe wykonanie logiki połączeń”.

Składając oświadczenie o akceptacji postanowień Kontraktu wykonawca zobowiązał się również do opracowania Szczegółowego Harmonogramu zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Brak złożenia dodatkowego oświadczenia można uznać ewentualnie za brak czysto formalny, nie zaś niezgodność treści oferty z treścią siwz.

- 8) Punkt 11 tabeli (Załącznik 1 do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty) - brak złożenia w ofercie oświadczenia, że przedmiot zamówienia będzie realizowany zgodnie z systemem zarządzania jakością.

Odwołujący wskazał, że na stronach 174-200 oferty przedstawił certyfikaty dla członków konsorcjum, jak też dla Hitachi Ltd Power System Company świadczące o stosowaniu wymaganych systemów zapewniania jakości. Ponadto w części tajnej oferty na stronach 1902-1903 złożył oświadczenie o oparciu swoich działań o postanowienia serii norm ISO 9001, ISO 18001, ISO 14001. Nie sposób więc uznać, że certyfikaty te i oświadczenia zostały złożone bez związku ze składaną ofertą. Z żadnego miejsca oferty nie wynika, iż wykonawca nie zamierza stosować systemów zarządzania jakością przy realizacji przedmiotu umowy, a wręcz przeciwnie - akceptacja postanowień Kontraktu obejmuje również zaakceptowanie wymagań odnoszących się do zapewnienia jakości.

Ponadto Program Zapewnienia i Kontroli Jakości powinien być opracowany przez wykonawcę wybranego do realizacji zamówienia w terminie do 9 miesięcy od podpisania Kontraktu. W ww. programie zaś można oczekiwać opisu sposobu zapewnienia jakości, zgodnie z przywołanymi normami.

Odwołujący podniósł w dalszej części odwołania (stanowiącej załącznik do odwołania) zarzuty dotyczące stwierdzonych przez zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty podstaw odrzucenia oferty odwołującego (załącznik 2 do

zawiadomienia) niezgodności treści oferty z treścią siwz w zakresie części technicznej oferty – tj. informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego wszystkie powyższe zarzuty dotyczą elementów drobnych, dodatkowych, o mniejszym znaczeniu przy budowie takiego obiektu, jakim jest elektrownia. Wszelkie dane dotyczące podstawowych elementów technicznych nie budzą wątpliwości zamawiającego. Odwołujący wskazał, że inwestycja zaplanowana jest do realizacji przez okres prawie 5 lat od podpisania umowy, jej zakres jest bardzo szeroki i obejmuje cały szereg elementów składających się ostatecznie na jedną funkcjonalną i gospodarczą całość. Inwestycje tego typu realizowane są w formule zaprojektuj i wybuduj, a wykonawca odpowiada za osiągnięcie wymaganych przez zamawiającego wskaźników. Stąd bardzo istotnym elementem wykonania umowy jest zaprojektowanie obiektu.

Zgodnie z zapisami Kontraktu po stronie wykonawcy leży „kompleksowe projektowanie, dostawy, wykonawstwo” (pkt 1.2 Art. I Kontraktu). Na wykonanie projektu podstawowego Kontrakt przewiduje do 7 miesięcy, na wykonanie aktualizacji projektu budowlanego do 9 miesięcy, zaś na projekt wykonawczy - okres do rozpoczęcia dostaw lub rozpoczęcia robót objętych danym projektem (pkt 6.1.1, 6.1.3 oraz 6.1.4 Art. VI). Oczywistym jest więc, że żądane na etapie oferty schematy, rysunki i szczegółowe dane będą podlegały uszczegółowieniu i modyfikacjom dla osiągnięcia założonego efektu na etapie realizacji umowy. W innym przypadku należałoby przyjąć, że wykonawca powinien zaprojektować całość rozwiązań przed uzyskaniem zamówienia. W tym kontekście należy rozpatrywać rzekome uchybienia co do zakresu przedstawionych informacji w ofercie odwołującego. Zdaniem odwołującego, wszystkie zarzuty wskazane w załączniku 2 do zawiadomienia o odrzuceniu oferty dotyczą jedynie niezgodności formalnej oferty z wymaganiami zamawiającego. Żaden z postawionych zarzutów nie dotyczy niezgodności zaproponowanych rozwiązań z wymaganiami zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. W większości bowiem sytuacji wymagań takich zamawiający nie sprecyzował.

II Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Rafako.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 18.1. Część I siwz wykonawca zobowiązany był wnieść wadium w wysokości 20.000.000,00 PLN przed upływem terminu składania ofert.

Konsorcjum Rafako przedstawiło wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A. z dnia 21 września 2012 r. Gwarancja ta nie odpowiada wymaganom ustawy Prawo zamówień publicznych, jak też wymaganom zamawiającego. W postanowieniach gwarancji Bank umieścił zapisy dotyczące wygaśnięcia gwarancji całkowicie i automatycznie m.in. w przypadku zwrócenia oryginału gwarancji. Jednocześnie Bank określił obowiązek zwrotu gwarancji ciążyący na beneficjencie gwarancji bez odrębnych wniosków „niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej

innego podmiotu niż Wykonawca lub unieważnieniu postępowania". Tym samym beneficjent (zamawiający) zgodnie z zapisami gwarancji ma obowiązek zwrotu gwarancji w przypadku unieważnienia postępowania, co skutkuje automatycznym i całkowitym wygaśnięciem gwarancji.

Odwołujący wskazał, że unieważnienie postępowania nie wyklucza konieczności zatrzymania wadium przez zamawiającego. Zgodnie z art. 46 ust 4a Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust 1 lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Prawidłowo złożone wadium powinno więc uprawniać zamawiającego do zatrzymania wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust 4a Pzp. Wynika to również z brzmienia przepisu art. 46 ust 1, zgodnie z którym zamawiający zwraca wadium wykonawcom, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z zastrzeżeniem ust 4a. Okoliczności zaś wskazane w tym przepisie mogą wystąpić również w przypadku, gdy zamawiający unieważni postępowanie. Aby zilustrować takie okoliczności odwołujący wskazał kilka przykładowych sytuacji. Jeżeli wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów ich nie przedstawia, a jednocześnie jego oferta jest jedyną w postępowaniu, to skutkiem działania wykonawcy będzie brak możliwości wyboru oferty i unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp. Podobnie w przypadku, gdy dany wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów przedstawił ofertę najkorzystniejszą, a każda następna przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia lub też podlega odrzuceniu z innych przyczyn - skutkiem będzie unieważnienie postępowania na podstawie odpowiednio art. 93 ust 1 pkt 4 lub art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp. Jak wynika z powyższego, wadium powinno zabezpieczać prawa zamawiającego do wypłaty kwoty wadium również z przypadku, gdy jest on obowiązany do unieważnienia postępowania, a w stosunku do danego wykonawcy zachodzą okoliczności wymienione w art. 46 ust 4a Pzp.

Zgodnie z art. 84 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe do gwarancji bankowych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, z tym że zobowiązanie banku jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym. Nie ulega więc wątpliwości, iż gwarantowi przysługują zarzuty z treści gwarancji bankowej. Jak wskazuje R. Trzaskowski w publikacji „Poręczenie i gwarancja bankowa” w doktrynie istnieje zgoda co do tego, że w żądaniu zapłaty gwarant może przedstawić zarzuty wynikające ze stosunku gwarancji. Jeżeli więc bank zobowiązuje beneficjenta do zwrotu gwarancji niezwłocznie w przypadku unieważnienia postępowania, to będzie mógł on skorzystać z zarzutu niewykonania tego obowiązku w przypadku zgłoszenia żądania wypłaty kwoty wadium przez zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienia wykonawcy: Konsorcjum CNEEC oraz Konsorcjum Rafako. Wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania wniesionego przez Konsorcjum SNC.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut dotyczący braku złożenia w ofercie oświadczenia wykonawcy dotyczącego realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z systemem zarządzania jakością (pkt. 11 tabeli - Załącznik 1 do zawiadomienia

o wyborze najkorzystniejszej oferty). Zamawiający stwierdził, że w przypadku uwzględnienia odwołania wezwie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia ww. oświadczenia, stanowiącego dokument wskazany w art. 25 ust.1 pkt. 2 Pzp. Pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu zamawiający uznał za bezzasadne i w związku z tym wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiot zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie stanowi ogromne i skomplikowane pod względem technicznym przedsięwzięcie oraz jest znacznej wartości (ok. 5 mld. zł.). Stanowi on fragment ogromnej i złożonej inwestycji, na którą składają się także inne liczne przedsięwzięcia, przede wszystkim budowlane, nie objęte przedmiotem tego zamówienia. Wymaga to zapewnienia zamawiającemu możliwości należytej i starannej koordynacji i synchronizacji wszystkich działań związanych z realizacją całego zadania inwestycyjnego oraz wszystkich jego części składowych. Wszelkie, nawet najmniejsze odstępstwa od przyjętych wcześniej dokonanych założeń techniczno-organizacyjnych (planów) stanowiłyby źródło potencjalnych zagrożeń dla należytej

i terminowej realizacji całej inwestycji, konieczności poniesienia dodatkowych kosztów, a w przyszłości, także źródło zagrożeń dla zdrowia i życia osób, pracujących w oddanym do użytku obiekcie. Powyższe uwarunkowania nakładają na zamawiającego, jak i na wykonawców, szczególny obowiązek dochowania staranności i rzetelności we wszelkich czynnościach, działaniach oraz podejmowanych decyzjach w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający oświadczył, iż w toku postępowania dochował należytej staranności. Zamawiający odniósł się do poszczególnych zarzutów, jak poniżej.

- I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego oraz alternatywne naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający podtrzymał stanowisko jak w „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty”. Stwierdził także, iż wbrew twierdzeniu odwołującego braki oraz błędy występujące w ofercie Konsorcjum SNC nie podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, a zatem stanowią podstawę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ofercie odwołującego zawarte są między innymi następujące oświadczenia, wymagane przez Zamawiającego: „Oferujemy realizację Przedmiotu Zamówienia/ Przedmiotu Kontraktu zgodnie z wymaganiami podanymi w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i oświadczamy, że Oferta jest opracowana dla kompletnego zakresu Dostaw, Robót Budowlanych i Usług związanych z wykonaniem Przedmiotu Zamówienia/Przedmiotu Kontraktu”, „Oferujemy realizację Przedmiotu Zamówienia / Przedmiotu Kontraktu zgodnie z wymaganiami podanymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”, „Oświadczamy, że akceptujemy postanowienia Kontraktu zamieszczonego w Części III.1 SIWZ wraz z jego zmianami wynikającymi z odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego”. Treść tych oświadczeń oznacza, iż wykonawca uznał pełną zgodność swojej oferty z treścią (wymogami) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To z kolei przesądza, że każda stwierdzona przez zamawiającego niezgodność tej oferty z siwz, która nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej lub rachunkowej lub nie jest inną omyłką, „nie powodującą istotnych zmian w treści oferty” powinna być rozpatrywana jako przesłanka odrzucenia oferty, zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zgodnie z ogólnie przyjętą praktyką, zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców, także do odwołującego, o wyjaśnienia dotyczące treści ofert i wyjaśnienia takie otrzymał.

Zamawiający zauważył, że w świetle stanu faktycznego, wyjaśnień oraz stanowiska odwołującego braki oraz niezgodności jego oferty z siwz traktować należy jako następstwo świadomego działania albo nienależytej staranności wykonawcy, a nie działań niezamierzonych czy przypadkowych błahych uchybień. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem odwołującego, iż braki oraz omyłki wskazane przez zamawiającego w jego ofercie mają charakter „innych omyłek”, których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Wskazując na orzecznictwo KIO zamawiający podniósł, że niezwykle istotna jest przesłanka poprawienia oferty - wiedza zamawiającego w przedmiocie sposobu, w jaki daną ofertę poprawić, która powinna wynikać z treści oferty ewentualnie może pochodzić z wyjaśnień uzyskanych od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. W przekonaniu zamawiającego odwołujący nie dołożył „należytej staranności” przy opracowywaniu oferty oraz jej wyjaśnianiu, a obecnie skutkami takiego stanu rzeczy usiłuje obciążyć zamawiającego. Wskazał, że szereg okoliczności stanowiących przedmiot sporu, które mogły być i były przedstawiane w ofertach wstępnych, były przedmiotem przeprowadzonych negocjacji, stały się w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przekazanej wykonawcom wraz z zaproszeniem do złożenia ofert, jednoznacznie rozstrzygnięte i bezwzględnie wiążące dla wykonawców.

1. Zarzut dotyczący pkt 1 tabeli (Załącznik Nr 1)

Odwołujący nie zaprzeczył, że wbrew jasnemu żądaniu zamawiającego nie załączył do oferty „listy stosowanych jednostek oraz zastosowanych symboli”. Bagatelizując ten brak uznał, że wystarczające jest oświadczenie o akceptacji zapisów przyszłego Kontraktu. Tymczasem zgodność oferty z siwz ocenia się na podstawie wszystkich informacji i dokumentów wymaganych przez zamawiającego i składających się na ofertę, a nie na podstawie deklaracji w niej składanych.

2. Zarzut dotyczący pkt 2 tabeli (Załącznik Nr 1) w związku z pkti 5, 6, 7, 8 tabeli (Załącznik Nr 1)

Odwołujący nie zaprzeczył, że wbrew jasnemu żądaniu zamawiającego (tiret drugie w Wymaganiach dotyczących Załącznika nr 3 do Kontraktu, Część III.2. siwz) podania w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym wartości Etapów Realizacji w złotych polskich [PLN] odwołujący w swojej ofercie podał tylko wartości procentowe odniesione, zdaniem odwołującego, do ceny Kontraktu netto.

Zamawiający zauważył, że aby poznać wymagane wartości w ofercie odwołującego zamawiający musi je obliczyć, co nie jest możliwe z uwagi na fakt, że procentowe wartości wyszczególnionych Etapów Realizacji nie sumują się do całości (100%). W poszczególnych pozycjach odwołujący podał wartości z dokładnością do tysięcznych (trzech miejsc po przecinku) i to te wartości są efektem przyjętych lub systemowo dokonanych zaokrągleń. Zdaniem zamawiającego, obowiązkiem wykonawcy jest szczególna dbałość i staranność oraz rzetelne i dokładne przedstawienie w ofercie wartości dotyczących de facto kwot, które stanowić mają należne mu wynagrodzenie. W punkcie 2 formularza „Oferta” w czterech pozycjach występuje istotna rozbieżność pomiędzy wartością kwotową wskazanego Etapu Realizacji podaną w formularzu „Oferta”, a wartością kwotową obliczoną na podstawie jej procentowego udziału w cenie ofertowej, podanej w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym. Zdaniem zamawiającego w powyższej sytuacji brak jest możliwości samodzielnego poprawienia wskazanych błędów samodzielnie przez zamawiającego.

3. Zarzut dotyczący pkt 3 tabeli (Załącznik Nr 1)

Zgodnie z tiret pierwszym zawartym w Wymaganiach dotyczących Załącznika nr 3 do Kontraktu zawartych w Części III.2 siwz zamawiający wymagał, aby: „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy przygotowywany przez Wykonawcę w Ofercie musi być zgodny z zapisami Artykułu III Kontraktu (Część II 1.1. SIWZ) i musi zawierać /uwzględniać także wymienione niżej kluczowe etapy Realizacji Kontraktu oraz uwzględniać fakt, że podpisanie Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji musi nastąpić nie później niż w ciągu 59 (pięćdziesięciu dziewięciu) miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu (punkt 5.1. Artykułu V Kontraktu).” W siwz, w wymaganiach odnośnie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego zamawiający wskazał:

- a) pod poz. 7 - Etap Realizacji: „Dostawa generatora”,
- b) pod poz.12 - Etap Realizacji „Zakończenie montażu turbozespołu”,
- c) pod poz. 13 - Etap Realizacji: „Zakończenie montażu IOS”.

Wymagania powyższe zostały określone dostatecznie jasno i czytelnie. Dodatkowo, zgodnie z tiret trzecim zawartym w Wymaganiach dotyczących Załącznika nr 3 do Kontraktu zawartych w Części III.2 siwz: „Zamawiający zwraca także uwagę, że każdy Etap Realizacji podany w Harmonogramie Rzeczowo-finansowym (kluczowy Etap Realizacji wymagany przez Zamawiającego (jak niżej) i Etap Realizacji dodany przez Wykonawcę), stanowiącym Załącznik nr 3 do Kontraktu - musi pokazywać opis/wyszczególnienie czynności wchodzących w jego zakres (zgodne z Harmonogramem Realizacji), od daty poprzedniego Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji do daty bieżącego Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji”. Z powyższego zapisu bezspornie wynika, że kluczowe Etapy Realizacji wymagane przez zamawiającego, zawarte są w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym zamieszczonym w Części III.2 siwz obejmują minimum etapów, jakie każdy z wykonawców zobowiązany był ująć w sporządzanych przez siebie dokumentach, mając prawo zakres ten poszerzyć - „Etap Realizacji dodane przez Wykonawcę”.

Stwierdzonych w ofercie odwołującego braków wymaganych Etapów Realizacji nie można uznać za możliwe do usunięcia, poprzez nieznaczne doprecyzowanie czy uszczegółowienie, o którym mowa w pkt 2 uwagi pod Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym. Wskazana przez zamawiającego procedura „doprecyzowania czy uszczegółowienia po złożeniu Ofert” dotyczyć może tylko pozycji (Etapów Realizacji) ujętych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, a nie służy do poszerzania (dopisania) wymaganych pozycji (Etapów Realizacji) w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, nieujętych przez odwołującego. Próba poprawienia ww. błędów musiałaby polegać nie tylko na dodaniu trzech nowych pozycji Etapów Realizacji ale także na ustaleniu ich wartości oraz wymaga podjęcia decyzji, z których wskazanych Etapów Realizacji należy odjąć kwoty, aby „wygospodarować” je na nowe (dodane) Etapy Realizacji. Zamawiający zwrócił uwagę, że pozostali wykonawcy uczestniczący w postępowaniu prawidłowo zrozumieli wymagania zamawiającego. Zamawiający wskazał, że odnosząc się do podobnej kwestii Sąd Okręgowy w Tarnowie w uzasadnieniu do wyroku z dnia 25 czerwca 2009 r. sygn. akt V GA 40/09 stwierdził: „Harmonogram rzeczowo-finansowy ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów a także czasu wykonania poszczególnych etapów. Jego znaczenie jest dla zamawiającego o tyle istotne, iż poszczególne etapy mają być rozliczane sukcesywnie, zaś zamawiający ma właśnie sukcesywnie pozyskiwać środki na poszczególne etapy. Kwestie zawarte w harmonogramie podlegają więc ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., a więc ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ. Ewentualne uzupełnienie powyższego dokumentu w trybie

art. 87 ust. 1 p.z.p. prowadziłyby do zmiany treści oferty, co w świetle powyższego przepisu jest niedopuszczalne, a ponadto prowadziłyby do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu (art. 7 ust. 1 p.z.p.)".

4. Zarzut dotyczący pkt 4 tabeli (Załącznik Nr 1)

Zgodnie z tiret pierwszym zawartym w Wymaganiach dotyczących Załącznika nr 3 do Kontraktu zawartych w Części III.2 siwz: „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy przygotowywany przez Wykonawcę w Ofercie musi być zgodny z zapisami Artykułu VI Kontraktu (Część III.1. SIWZ) i musi zawierać/uwzględniać także wymienione niżej kluczowe etapy Realizacji Kontraktu oraz uwzględniać fakt, że podpisanie Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji musi nastąpić nie później niż w ciągu 59 (pięćdziesięciu dziewięciu) miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu (punkt 5.1. Artykułu V Kontraktu)."

W siwz, w wymaganiach odnośnie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego pod poz. 6 wskazany został wymagany Etap Realizacji - „Dostawa turbiny, a pod poz. 7 - „Dostawa generatora". Zgodnie z punktem 9.1. Artykułu IX Kontraktu (Część III.1. siwz) zamawiający żądał realizacji powyższych dostaw w formule dla dostaw importowanych do Polski zgodnie z DDP według INCOTERMS 2010.

Zobowiązanie odwołującego do zrealizowania tych dostaw w formule „FOB" stanowi istotną niezgodność treści oferty z ww. wymaganiami. Wskazanie formuły realizacji „FOB" trudno jest uznać jako omyłkę. Nie jest to nieistniejący lub nie identyfikowany symbol określający formułę dla dostaw importowanych do Polski, a różnice pomiędzy formułą wymaganą przez zamawiającego „DDP" a formułą w jakiej zobowiązuje się realizować dostawy odwołujący jest niezwykle istotna. Formuła DDP - skrót ang. określenia Delivered Duty Paid (to a named place of destination), które tłumaczy się dosłownie "dostarczone, cło opłacone (do oznaczonego miejsca przeznaczenia)", oznacza formułę dostawy towaru, w której organizację oraz koszty załadunku, transportu do nabywcy, ubezpieczenia oraz ewentualnych opłat celnych bierze na siebie sprzedający wraz z ryzykiem związanym z utratą lub uszkodzeniem towaru, który stawiany jest do dyspozycji kupującego pod ustalonym przez niego adresem dostawy. Po stronie nabywcy pozostaje natomiast obowiązek rozładunku (i ryzyko, gdyby podczas rozładunku nastąpiło uszkodzenie lub zniszczenie) zakupionego towaru. Formuła FOB stanowi o bardzo ważnej kwestii wcześniejszego przejścia ryzyka na nabywcę, zupełnie odmiennie od wymagań zamawiającego określonych w siwz.

Zamawiający podkreślił dodatkowo, że dokonanie płatności przez zamawiającego za Etap Realizacji „Generator FOB" czy „LP turbiny FOB" byłoby formą zaliczkowania wykonawcy, czego nie dopuszczają postanowienia Kontraktu (Część III.1 siwz) i Wymagań do opracowania Załącznika nr 3 do Kontraktu (Część III.2 siwz). Zgodnie bowiem z tiret

siódmym zawartym w Wymaganiach dotyczących Załącznika nr 3 do Kontraktu zawartych w Części III.2 siwz: „Płatności będą dokonywane na podstawie faktur VAT tylko za wykonane i odebrane Dostawy, Roboty Budowlane i Usługi oraz po podpisaniu przez Zamawiającego bez zastrzeżeń stosownego Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji”. Zdaniem zamawiającego kwestia sporna nie dotyczy tu tylko słownictwa, lecz wiąże się z istotnie różnymi kwestiami przejęcia ryzyka, a także niedopuszczalną, a konieczną formą zaliczkowania. Argumentowanie zaś poprzez odniesienie się do akceptacji postanowień Kontraktu w żaden sposób nie stanowi wyjaśnienia stwierdzonej niezgodności.

5. Zarzut dotyczący pkt 9 tabeli (Załącznik Nr 1)

W Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu odwołujący nie uwzględnił wykonania i przekazania zamawiającemu następujących etapów dotyczących wymaganych rodzajów dokumentacji wykonawcy:

- Dokumentacja jakościowa i rejestracyjna (pkt. 6.1.6. Art. VI Kontraktu),
- Instrukcja Rozruchu Bloku (pkt. 6.1.7.1. Art. VI Kontraktu),
- Dokumentacja Techniczno-Ruchowa (pkt. 6.1.7.2. Art. VI Kontraktu),
- Instrukcja Eksploatacji Bloku (pkt. 6.1.7.3. Art. VI Kontraktu),
- Wytyczne do procedury Pomiarów Gwarancyjnych (pkt. 6.1.7.4. Art. VI Kontraktu),
- Dokumentacja dotycząca Bloku niezbędna do uzyskania przez Zamawiającego Pozwolenia na Użytkowanie Bloku (pkt. 6.1.8. Art. VI Kontraktu),
- Dokumentacja Wykonawcza z naniesionymi zmianami „Red Corex” (pkt. 6.1.9. Art. VI Kontraktu),
- Dokumentacja geodezyjna (pkt. 6.1.10. Art. VI Kontraktu).

Zgodnie z tiret trzecim Wymagań dotyczących Załącznika nr 6 do Kontraktu (Część III.2 siwz) - Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu musi być spójny z punktem 6.1 w Artykule VI Kontraktu, a terminy podane przez wykonawcę w opracowanym Załączniku nr 6 do Kontraktu muszą być takie same, jak w punkcie 6.1. Artykułu VI Kontraktu. Takie same wymagania zawarto w Uwadze do Wykonawcy zamieszczonej przed Artykułem VI Kontraktu (Część III.1 siwz): „Przygotowując Załącznik nr 6 do Kontraktu Wykonawca powinien pamiętać, aby Załącznik nr 6 do Kontraktu był spójny z punktem 5.2. Artykułu V Kontraktu i z punktem 6.1. w Artykule VI Kontraktu, i aby terminy podane przez Wykonawcę w Załączniku nr 6 do Kontraktu były takie same, jak poniżej w punkcie 6.1. Artykułu VI Kontraktu oraz w punkcie 5.2. Artykułu V Kontraktu.”

Zamawiający precyzyjnie zatem określił wymagania do sporządzenia Załącznika nr 6 do Kontraktu. Są one zawarte w Artykule VI Kontraktu (Część III.1 siwz) oraz w Wymaganiach dotyczących Załącznika nr 6 do Kontraktu (Część III.2 siwz). Niezrozumiałe jest, dlaczego odwołujący wskazuje, że wymagania te zawarte są w Artykule V Kontraktu.

Zamawiający stwierdził, że nie jest w stanie samodzielnie wstawić do Ramowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu wymaganych pozycji dotyczących przekazywania poszczególnych rodzajów dokumentacji wykonawcy, gdyż wymaga to nie tylko uzupełnienia harmonogramu ale także podania terminów, a w tym zakresie zamawiający nie ma wiedzy, w jaki sposób należałoby ukształtować nową treść oświadczenia odwołującego i wskazać konkretne terminy wykonania tych Etapów Realizacji.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z tiret siódmym Wymagań dotyczących Załącznika nr 6 do Kontraktu (Część III.2 siwz) - załącznik ten ma być sporządzony w programie Microsoft Project lub Primavera. Specyfika tworzenia dokumentów w tych programach wymaga podania nie tylko daty końcowej dla poszczególnych czynności, ale również daty początkowej, co oznacza, że zamawiający musiałby ustalić z odwołującym daty początkowe, tj. daty rozpoczęcia wykonywania poszczególnych rodzajów dokumentacji. Dodatkowo, zamawiający podkreślił, że określił maksymalne terminy dostarczenia poszczególnych rodzajów dokumentacji („nie później niż...”), co oznacza, że wykonawca może przewidzieć wcześniejszy termin na wykonanie poszczególnych rodzajów dokumentacji wykonawcy w zależności od własnych potrzeb. Nie sposób jest przyjmować poprzez domniemanie terminów wykonania i przekazania wskazanych dokumentacji.

W przypadku dokumentacji określonej w punkcie 6.1.4. Artykułu VI Kontraktu (Część III.1 siwz) - Projekt Wykonawczy - jest to dokument wykonywany w podziale na branże: budowlano - konstrukcyjną i architektoniczną, technologiczną, elektryczną i teletechniczną, AKPiA, Nadrzędnego Systemu Automatyki Bloku (NSAB), instalacyjną, ochrony przeciwpożarowej. Projekty te mają być wykonywane sukcesywnie, ale muszą być wykonane nie później niż przed rozpoczęciem Dostaw na Teren Budowy oraz rozpoczęciem robót ujętych w danym projekcie. W zakresie tej dokumentacji zamawiający nie ma możliwości samodzielnie określić terminów wykonania Projektu Wykonawczego w poszczególnych branżach. Dokumentacja jakościowa i rejestracyjna, opisana w punkcie 6.1.6. Artykułu VI Kontraktu (Część III.1 siwz) również ma być wykonywana sukcesywnie, co oznacza, że zamawiający nie może samodzielnie określić terminów jej wykonania.

6. Zarzut dotyczący pkt 10 tabeli (Załącznik Nr 1)

Odwołujący nie zamieścił w ofercie w ramach Załącznika nr 6 do Kontraktu, wymaganego oświadczenia pt. „Wymagania dla Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu (sHRK)”. Zgodnie z wymaganiami dotyczącymi Załącznika nr 6 do Kontraktu (Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu, Część III.2 siwz) - wykonawca zobowiązany był zawrzeć w ofercie oświadczenie zatytułowane „Wymagania dla Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu (sHRK)”, które miało stanowić załącznik do Ramowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu. Wymóg ten był określony wprost. W oświadczeniu tym są szczegółowo określone wymagania co do zawartości Szczegółowego Harmonogramu

Realizacji Kontraktu, a tym samym obowiązki wykonawcy. Ponieważ siwz nie jest załącznikiem do Kontraktu, zamawiający świadomie wprowadził wymóg, aby wykonawcy złożyli takie oświadczenie w ramach Ramowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu (Załącznik nr 6 do Kontraktu) po to, aby podczas Realizacji Kontraktu nie zaistniał spór co do tego, w jaki sposób ma być sporządzony sHRK. Zgodnie bowiem z punktem 5.3. Artykułu V Kontraktu (Część III.1 siwz): „Nie później niż 30 (trzydzieści) dni przed protokolarnym przejęciem od Zamawiającego Terenu Budowy, Wykonawca sporządzi i uzgodni z Zamawiającym szczegółowy Harmonogram Realizacji Kontraktu. W szczegółowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu Wykonawca uwzględni wszystkie terminy podane w Załączniku nr 6 do Kontraktu (Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu), Szczegółowy Harmonogram Realizacji Kontraktu będzie doprecyzowany zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zamieszczonymi w Załączniku nr 6 do Kontraktu, w tym o wszystkie powiązania logiczne. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe wykonanie logiki połączeń. Dla uniknięcia wątpliwości, w szczegółowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu nie mogą być zmieniane terminy wykonania kluczowych terminów określone w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu (Załącznik nr 6 do Kontraktu)”,

II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Rafako oraz naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Rafako jako najkorzystniejszej.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 46 ust. 1 Pzp, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub po unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Oznacza to, że w przypadku unieważnienia postępowania zamawiający, z mocy prawa, zobowiązany jest do niezwłocznego zwrotu wadium wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, z wyłączeniem wykonawcy, w stosunku do którego zaistniały okoliczności wskazane przepisem art. 46 ust 4a. Podkreślenia wymaga fakt, iż odbywa się to bez wniosku wykonawcy czy gwaranta. Nie sposób uznać za wadliwy zapis zamieszczony przez gwaranta - Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A. w gwarancji bankowej przetargowej (wadialnej) numer 57102024010000059601135888/2012 z dnia 21 września 2012 r. przedłożonej jako wadium przez Konsorcjum Rafako, zgodnie z którym oryginał gwarancji bankowej ma być niezwłocznie zwrócony do gwaranta po unieważnieniu postępowania. A więc w gwarancji wadialnej powtórzono regulację ustawową, odnoszącą się do obowiązków zamawiającego w związku z unieważnieniem postępowania. Zamawiający wskazał, że:

1. Przedłożona gwarancja nie traci ważności wraz z informacją zamawiającego o wyborze innego wykonawcy lub zawiadomieniem wykonawców o unieważnieniu postępowania i nie wyklucza zaspokojenia z tej gwarancji roszczeń zamawiającego

stanowiących następstwo zaistnienia okoliczności w niej wskazanych, zgodnych z przepisami Pzp;

2. Gwarancja ma zostać zwrócona „niezwłocznie” a nie natychmiast, bezpośrednio czy też wraz z przekazaniem informacji o wynikach postępowania lub zawiadomienia o unieważnieniu postępowania;

3. Na gruncie prawa cywilnego termin „niezwłocznie” oznacza termin realny, mający na względzie okoliczności danego miejsca i czasu, przy czym tego terminu nie można utożsamiać z terminem natychmiastowym. Oczywistym jest, że zamawiający wypełniając powyższy warunek dokona zwrotu oryginału gwarancji wadialnej bez zbędnej zwłoki, tzn. w najkrótszym czasie, w jakim w okolicznościach danego przypadku i danej sytuacji zwrot będzie możliwy. Prawidłowość takiego podejścia potwierdzają orzeczenia Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego w Warszawie. Odnosząc się do użytego w art. 455 k.c. terminu „niezwłocznie” wskazano, iż nie należy utożsamiać go z terminem natychmiastowym. Termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu. Takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30 czerwca 2011 r., sygn. akt IN CSK 282/10, LEX nr 898707. Niezwłocznie to także - po ustaniu przyczyny uniemożliwiającej wcześniejsze dokonanie czynności.

4. Nie jest też sporne, że zamawiający uprawniony jest, aby wraz z przekazaniem zawiadomienia, o którym mowa w art. 93 ust. 3 Pzp wystąpić z żądaniem zapłaty kwoty wadium do Banku. Żaden przepis ustawy Pzp nie ogranicza możliwości „zatrzymania wadium” w okolicznościach wskazanych przepisem art. 46 ust. 4a Pzp niezwłocznie po zaistnieniu przesłanek w nim wskazanych.

KIO 244/13

Konsorcjum w składzie: China National Electric Engineering Co., Ltd., China Overseas Engineering Group Co., Ltd. (dalej: „Konsorcjum CNEEC”) wniosło odwołanie wobec czynności:

- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum CNEEC, poprzez uznanie, że treść oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) oraz arbitralne przyjęcie, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- zaniechania poprawienia omyłek w ofercie Konsorcjum CNEEC niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;
- uznania, że w ramach wyjaśnień Konsorcjum CNEEC dokonało zmiany treści oferty;
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Rafako jako oferty niespełniającej warunków siwz, alternatywnie - zaniechania wykluczenia Konsorcjum Rafako z postępowania z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Rafako,

ewentualnie zaniechania wezwania Konsorcjum Rafako do przedstawienia dokumentów wymaganych w siwz,

- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Rafako jako oferty niespełniającej warunków siwz, ewentualnie zaniechania wezwania Konsorcjum Rafako do przedstawienia dokumentów wymaganych przez siwz;
- wyboru oferty Konsorcjum Rafako jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu;
- zaniechania wyboru oferty Konsorcjum CNEEC jako oferty najkorzystniejszej;
- niezachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp, poprzez ich niezastosowanie w sytuacji, w której omyłki występujące w ofercie Konsorcjum CNEEC należało zakwalifikować jako omyłki pisarskie lub inne omyłki, których poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty;
- art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert przyjętymi w siwz oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum CNEEC jako oferty najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami określonymi w siwz;
- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zaniechanie wypełnienia obowiązków nałożonych na zamawiającego przez Pzp, świadczące o braku rzetelności w prowadzeniu postępowania, a także dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta nie reprezentuje najkorzystniejszej ceny i parametrów technicznych;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Rafako z uwagi na nieprzedstawienie „Umowy regulującej współpracę Wykonawcy z podmiotem, który udostępnia Wykonawcy swą wiedzę i doświadczenie do realizacji przedmiotu Kontraktu”, alternatywnie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Rafako, które nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności nie wykazało w ofercie końcowej, iż dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, względnie naruszenia art. 26 ust 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów; ewentualnie naruszenie art. 26 ust 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Rafako do przedstawienia wymaganej umowy.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum CNEEC;
- poprawienie treści oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp, zgodnie z treścią odwołania;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenie oferty Konsorcjum Rafako, jako oferty niezgodnej z siwz, alternatywnie wykluczenie Konsorcjum Rafako i odrzucenie jego oferty z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie wezwanie Konsorcjum Rafako do uzupełnienia umowy regulującej zasady współpracy z Siemens AG, który udostępnił Konsorcjum Rafako swą wiedzę i doświadczenie do realizacji przedmiotu Kontraktu.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu odwołania, że w dniu 30 listopada 2012 r. Konsorcjum CNEEC otrzymało od zamawiającego wezwanie do udzielenia wyjaśnień w sprawie uprawnień podwykonawcy Konsorcjum CNEEC (tj. dostawcy kotła - Shanghai Boiler Works Co. Ltd.) do oferowania kotła w ramach oferty oraz wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących części technicznej oferty. Konsorcjum CNEEC złożyło w dniu 10 grudnia 2012 r. stosowne wyjaśnienia. W wyniku złożonych odpowiedzi zamawiający ponownie wezwał Konsorcjum CNEEC do przedstawienia dalszych wyjaśnień w sprawie praw podwykonawcy (dostawcy kotła). Konsorcjum CNEEC złożyło w wyznaczonym terminie wyjaśnienia, jak również obszerną dokumentację patentową potwierdzającą prawo podwykonawcy do technologii kotłowej oraz prawo do jej oferowania w ramach postępowania wraz z dokumentacją towarzyszącą. Zamawiający nie zażądał od Konsorcjum CNEEC złożenia wyjaśnień co do części formalno-prawno-handlowej oferty oraz części technicznej oferty, jak również nie dokonał jakichkolwiek poprawek w treści oferty Konsorcjum CNEEC w trybie art. 87 Pzp.

Odnosząc się do uzasadnienia decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty Konsorcjum CNEEC przedstawionego w załączniku nr 5 i 6 do zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz uznania przez zamawiającego, iż złożenie oferty przez Konsorcjum CNEEC stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej zwanej „uznk”), odwołujący podniósł następujące zarzuty:

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. art. 3 ust. 1 uznk

Konsorcjum CNEEC złożyło ofertę, na którą składały się m.in. kotły wytworzone przez Shanghai Boiler Works Co. Ltd. (dalej zwane „SBW”). Zamawiający zarzucił, iż zaoferowanie kotłów wytworzonych przez SBW narusza prawa Alstom Power Inc. W uzasadnieniu zamawiający powołał się na zapisy umowy licencyjnej z dnia 3 marca 2003 r., zawartej pomiędzy Alstom a SBW. Zamawiający oparł się wyłącznie na stanowisku wyrażonym w opinii prawnej kancelarii Bird&Bird, przygotowanej na zamówienie jednego z konkurentów

Konsorcjum CNEEC w postępowaniu, tj. firmy Alstom. W opinii znajdują się twierdzenia, jakoby postanowienia umowy licencyjnej miały zakazywać SBW opracowywania własnej technologii kotłowej, jak również dokonywania zmian w technologii Alstom, bez pisemnej zgody Alstom. Jednocześnie Bird&Bird w opinii twierdzi, że gdyby SBW opracowywało własną technologię, to byłaby ona jednak dopuszczalna (co stoi w pewnej sprzeczności z wcześniejszymi twierdzeniami). W takim przypadku własna technologia SBW powinna być jednakowoż - zdaniem Bird&Bird - uznawana za ulepszenie. Ponadto, zdaniem zamawiającego, z zastrzeżenia umownego zawartego w pkt. 6.1.6 umowy licencyjnej „Uwzględniając to, że Informacje i Pomoc Techniczna dostarczona przez Licencjodawcę będą ogólnie integrowane z działaniami inżynierskimi i wytwórczymi Licencjobiorcy i że takie Informacje i Pomoc Techniczna staną się integralną częścią wszelkich urządzeń Licencjobiorcy (...)” należy wysnuć wniosek odwrotny, tj. że to wszystkie działania inżynierskie i wytwórcze pochodzące od Licencjobiorcy powinny być integrowane z Informacją i Pomocą Techniczną Licencjodawcy. Zdaniem zamawiającego, złożenie oferty przez Konsorcjum CNEEC stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż SBW rzekomo wykorzystało w technologii kotłów - technologię uzyskaną od Alstom na mocy umowy licencyjnej. Nawet gdyby zaś technologia SBW była wytworzona samodzielnie, to - zdaniem zamawiającego - złożenie oferty przez Konsorcjum CNEEC nadal stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający uznał, że SBW, ze względu na umowę licencyjną, nie powinno mieć prawa do wytworzenia własnej technologii, odrębnej od technologii Alstom znajdującej się w licencjonowanych urządzeniach, uzyskanej na mocy umowy licencyjnej.

Zdaniem odwołującego z przedstawionego uzasadnienia odrzucenia oferty nie wynika żeby zamawiający dokonywał analizy technologii kotłów, zaoferowanych przez Konsorcjum CNEEC ani porównania z technologiami objętymi umową licencyjną. Jednostronne, bezpodstawne uznanie przez zamawiającego, że kotły SBW mogą stanowić wykorzystanie technologii uzyskanej od Alstom, jest zatem pozbawione podstawy faktycznej i prawnej. Odwołujący wskazał, że w toku wyjaśnień w dniu 3 stycznia 2013 r. przedłożył zamawiającemu liczne dokumenty, potwierdzające fakt, iż złożenie oferty, w tym uwzględnienie w niej kotłów SBW, nie stanowi naruszenia umowy licencyjnej ani naruszenia praw jakichkolwiek innych podmiotów. W załączeniu do wyjaśnień, Konsorcjum CNEEC przedstawiło:

- opinię prawną, dotyczącą analizy umowy licencyjnej pod kątem prawa singapurskiego - wskazującą, że umowa ta nie zakazuje SBW wprowadzania własnej technologii na kotły,
- opinię prawną, potwierdzającą prawa własności przemysłowej przysługujące SBW do rozwiązań ujętych w technologii kotłów,
- opinię Centrum Oceny Sądowej Własności Intelektualnej w Szanghaju, potwierdzającą, iż technologia SBW nie jest podobna do technologii pochodzących od Alstomu,

- oświadczenia władz SBW co do nienaruszania zapisów umowy licencyjnej oraz prawa Alstom, poprzez złożenie oferty w przetargu,
- dowody na posiadanie przez SBW praw własności intelektualnej na rozwiązania ujęte w ofercie.

Zamawiający zignorował ww. dokumenty - w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że Konsorcjum CNEEC nie dołączyło żadnego dowodu, który mógłby podważyć ważność umowy. Odwołujący podkreślił, że zamawiający przy interpretacji umowy licencyjnej oparł się wyłącznie na opinii przedstawionej przez Alstom.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie miał żadnej podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum CNEEC w oparciu o przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Kotły wykorzystane w ofercie stanowią własną technologię SBW, wytworzoną niezależnie od tzw. „Licencjonowanych Urządzeń” uzyskanych na mocy umowy licencyjnej. Umowa licencyjna nie zawiera postanowień zakazujących SBW tworzenia i sprzedaży niezależnie wytworzonych technologii. Odwołujący podniósł brak kognicji zamawiającego do rozstrzygnięcia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem odwołującego zamawiający nie jest też uprawniony do rozstrzygania kwestii dotyczących ewentualnego sporu pomiędzy podmiotami niebędącymi stronami postępowania (tutaj Alstom Power Inc. i SBW). Zamawiający nie tylko rozstrzygnął spór pomiędzy tymi podmiotami, ale najpierw sam wykreował ten spór. Odwołujący podkreślił, iż SBW nie otrzymało nigdy żadnego pisma od Alstom (np. wezwania do zaprzestania naruszeń), które mogłyby wskazywać, że SBW faktycznie narusza czy jest podejrzewane o naruszanie umowy licencyjnej. Alstom nie prowadzi również żadnego postępowania zmierzającego do dochodzenia roszczeń związanych z rzekomym naruszeniem umowy licencyjnej. Pomimo podobnych zarzutów podniesionych w postępowaniu w Indiach 2009 r., oddalonych wówczas przez zamawiającego, Alstom Power Inc. do tej pory nie podjął żadnych kroków prawnych przed sądem arbitrażowym w Singapurze. Ponadto, zgodnie z wiedzą odwołującego, nie toczy się żadne postępowanie ani nie zapadł żaden wyrok, który wskazywałby, że oferowana w ofercie technologia kotłowa przez SBW narusza jakiegokolwiek prawa, w tym patentowe osób trzecich w Polsce lub UE, czy też warunki umowy licencyjnej.

Odwołujący podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest także podmiotem uprawnionym do kontroli działań przedsiębiorców i zgodności tych działań z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nawet jeżeli przepisy Pzp do powyższej ustawy się odnoszą. Ponadto, ani zamawiający ani KIO nie mają uprawnień by rozstrzygać kwestie dotyczące prawa Singapur i jego wykładni. Dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia zasad konkurencji może odbywać się przed właściwymi sądami lub Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 marca 2004 r. o sygnaturze XVII Ama 50/03). W sytuacji gdyby

SBW faktycznie dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji, to podmiotowi, którego interes zostałby naruszony przysługiwałaby ochrona prawna przed sądem (zakładając oczywiście, że polski sąd byłby właściwy do rozstrzygania sporu pomiędzy podmiotem chińskim i niemieckim, a dotyczącym umowy na prawie Singapuru).

Odwołujący podniósł brak udowodnienia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Wskazał, iż stanowisko zamawiającego i odrzucenie oferty odwołującego z powołaniem się na to, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji jest nieoparte żadnymi dowodami. Zamawiający oparł się jedynie na prywatnej opinii prawnej sporządzonej przez kancelarię Bird&Bird oraz na umowie licencyjnej zawartej pomiędzy SBW a Alstom, poddanej prawu Singapuru - do której analizy i interpretacji zamawiający nie miał uprawnień. Zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp) oraz uzasadniony. Zamawiający nie wskazał jakie konkretnie przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Konsorcjum CNEEC narusza, ani dowodów takiego naruszenia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, obowiązek zamawiającego polegający na odrzuceniu oferty materializuje się w momencie uzyskania po pierwsze - wiedzy, po drugie - pewności co do tego, że oferta złożona przez danego wykonawcę taki czyn stanowi. Samo podejrzenie - takiej podstawy nie stanowi. Konieczny w tym przypadku jest dokument potwierdzający wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji, którym co do zasady będzie wyrok sądu.

Odwołujący wskazał, że przeciwko SBW nie został wydany żaden prawomocny wyrok sądowy wskazujący ewentualnie na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. SBW nie jest również stroną żadnego toczącego się postępowania w sprawie czynu nieuczciwej konkurencji przez stosowanie zaproponowanej technologii. Zamawiający nie miał zatem realnych podstaw do uznania złożonej oferty Konsorcjum CNEEC za czyn nieuczciwej konkurencji. Postępowanie zamawiającego w tej sprawie stanowi jednoznaczne naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, który umożliwia odrzucenie oferty ze względu na czyn, który „stanowi” czyn nieuczciwej konkurencji, a nie czyn, co do którego istnieje podejrzenie, że może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że zamawiający podjął omawianą decyzję dysponując dwiema przeciwstawnymi opiniami prawnymi. W takiej sytuacji, bez zlecenia opinii trzeciej, zamawiający nie miał prawa do arbitralnego uznania, że wyłącznie jedna opinia dotycząca prawa singapurskiego może być podstawą odrzucenia oferty.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie jest także uprawniony do badania okoliczności dotyczących podwykonawcy. Zamawiający odrzucił ofertę wywodząc, że naruszenie umowy licencyjnej przez SBW i wykorzystanie takiego naruszenia przez

Konsorcjum CNEEC oznacza naruszenie dobrych obyczajów szkodzące innemu przedsiębiorcy, a zatem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Cały zarzut oparty jest zatem na okolicznościach dotyczących podwykonawcy, który nie jest stroną postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z postanowieniami siwz, nie było obowiązku przedstawienia szczegółowej dokumentacji dotyczącej własności intelektualnej oferowanych przez wykonawców kotłów, co wyłącza możliwość badania posiadania tych praw przez Konsorcjum CNEEC, gdyż to w praktyce pozostałoby w konflikcie z art. 91 Pzp. Zamawiający nie może żądać przedstawiania przez podwykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie przez nich jakichkolwiek warunków, ponieważ to wykonawca jest odpowiedzialny za prawidłową realizację zamówienia. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, w której wykonawca potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp.

Odwołujący wskazał, że poza kognicją Izby pozostaje ocena wszelkich działań przedsiębiorcy, niemieszczących się w zakresie „złożenia oferty”, które należy kwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie pozostaje właściwy Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2012 r. sygn.. akt KIO 2298/12). Jak podnosi się w orzecznictwie Izby (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 września 2011 r. KIO 1924/11), to fakt złożenia oferty w postępowaniu musi powodować uzewnętrznienie czynu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, to elementy oświadczenia woli wyrażone w treści oferty muszą zawierać znamiona czynu, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Konsorcjum CNEEC składając ofertę nie miało zamiaru dokonania czynu nieuczciwej konkurencji ani też nie dopuściło się tego czynu. Konsorcjum CNEEC działało na podstawie urzędowych dokumentów wydanych przez Urząd Patentowy ChRL i oświadczeń podwykonawcy cieszącego się uznaniem na światowym rynku. Dokumenty te potwierdzają, że SBW ma pełne prawa do oferowanego w przedmiotowym postępowaniu kotła i może je oferować innym podmiotom.

Regułą jest, iż instytucja odrzucenia oferty jest naturalną konsekwencją okoliczności związanych z jej złożeniem i dotyczy okoliczności ustalanych bezpośrednio w oparciu o jej treść. W niniejszym postępowaniu okoliczności powodujące odrzucenie oferty Konsorcjum CNEEC nie zostały ustalone przez zamawiającego na podstawie treści oferty złożonej w postępowaniu lecz na podstawie pomówień jednego z konkurentów. Ponadto złożenie oferty przez Konsorcjum CNEEC nie narusza dobrych obyczajów. Odwołujący podkreślił, że w stosunkach gospodarczych dopuszczających konkurencyjność działań nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy, lecz sposób realizacji mechanizmu rywalizacji pomiędzy konkurentami podlegać musi rozważeniu przy ocenianiu działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1 uznk).

Powinien on być weryfikowany każdorazowo w okolicznościach konkretnego miejsca i czasu przy uwzględnieniu zasługujących na aprobatę, w świetle norm moralnych i etycznych, zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągania korzyści gospodarczych (wyrok SN z dnia 2 stycznia 2007 r., V CSK 311/06, Biul. SN 2007, nr 5, poz. 11).

W rozważanej sytuacji nie sposób dopatrzeć się jakichkolwiek uchybień w sposobie rywalizacji prezentowanym przez Konsorcjum CNEEC. Odwołujący podniósł, że dopełnił wszelkich powinności wynikających z procedury ubiegania się o udzielenie zamówienia. Konsorcjum CNEEC zaprosiło do współpracy podwykonawcę produkującego kotły o parametrach nadkrytycznych, uzyskał jego zapewnienie o tym, że posiada on odpowiednią technologię, do której oferowania jest upoważniony. Konsorcjum CNEEC złożyło poparte m.in. opiniami prawnymi oświadczenia o posiadaniu pełnych praw do oferowanej technologii oraz przedstawiło dodatkowe dokumenty i wyjaśnienia na żądanie zamawiającego.

W orzecznictwie często przyjmuje się, że w przypadku działań objętych klauzulą generalną, zawartą w art. 3 ust. 1 uznk, treść działania nie ma znaczenia decydującego. Istotne znaczenie ma kontekst sytuacyjny, w jakim działanie jest podejmowane. Wynika to m.in. z faktu, iż kryteria oceny zgodności działań konkurencyjnych z dobrymi obyczajami mogą być zmienne (tak wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 9 lipca 2007 r., IX Gc 19/07, LEX nr 522302). Odwołujący wskazał, że podobne sytuacje poddawania w wątpliwość praw SBW do oferowania kotłów miały już miejsce w innych postępowaniach, gdy Alstom Power Inc. kierował pisma do inwestorów i zamawiających z insynuacjami dotyczącymi nieposiadania przez SBW własnej technologii oraz braku praw licencyjnych na dostawę kotła, np. na rynku indyjskim w 2009 roku. Twierdzenia Alstom Power Inc zostały odrzucone przez inwestorów indyjskich, a SBW realizuje bloki energetyczne w Indiach o mocy przekraczającej 4000MW. Alstom Power Inc. nie podjął w tej sprawie żadnych kroków prawnych przed sądem arbitrażowym w Singapurze, co może tylko świadczyć o bezzasadności formułowanych wówczas pretensji przez Alstom Power Inc. SBW dysponuje świadectwami patentowymi, dowodami złożenia wniosków patentowych, dowodami prawa własności do oprogramowania do obliczeń projektowych (w aktach sprawy), które potwierdzają, że jest właścicielem praw własności przemysłowej, praw autorskich i innych niezbędnych uprawnień w zakresie projektowania i wytwarzania kotłów na parametry nadkrytyczne. Konsorcjum CNEEC przedstawiło listę świadectw patentowych i wniosków patentowych SBW, które dodatkowo obrazują, że postępowania takie są prowadzone systematycznie w miarę opracowywania przez SBW nowych wynalazków.

Odwołujący podniósł, że SBW, po opracowaniu własnej technologii i zarejestrowaniu jej w odpowiednich organach, stał się właścicielem praw własności przemysłowej, praw autorskich i innych niezbędnych uprawnień przewidzianych prawem w zakresie projektowania i wytwarzania kotłów na parametry nadkrytyczne. Alstom nigdy nie podjął

działań zmierzających do przejęcia takiego zgłoszenia/patentu, umorzenia postępowania zgłoszeniowego lub unieważnienia patentu, w stosunku do patentów zgłaszanych przez SBW.

Odwołujący podniósł brak naruszenia umowy licencyjnej po stronie SBW. Wskazał, że w dokumentach otrzymanych przez SBW od zamawiającego umieszczona została nieaktualna wersja ww. umowy, gdyż znalazły się w niej zapisy, które zostały z umowy usunięte Aneksem z 23 listopada 2004 roku (m.in. punkt 2.5).

W niniejszej sprawie faktem bezspornym jest to, że SBW oraz Alstom łączy zawarta umowa licencyjna. Jej przedmiotem było jednak przede wszystkim przekazanie SBW, jako licencjodawcy, praw do projektowania, wytwarzania, sprzedaży itp. licencjonowanych urządzeń, czyli urządzeń pochodzących od Alstom. Całość treści umowy licencyjnej odnosi się do kwestii zasad korzystania z technologii uzyskanej od Alstom, nie odnosi się zaś do kwestii zasad korzystania z własnych technologii SBW, wytworzonych niezależnie.

Opinia Bird&Bird zawiera konstatację, jakoby co do zasady SBW nie miało prawa opracowywać na swoje potrzeby własnej technologii kotłowej, konkurencyjnej w stosunku do licencjonowanych urządzeń. Jednak z żadnego z zapisów umowy nie wynika zakaz dla SBW opracowania własnej technologii kotłowej, jej produkcji ani dystrybucji. Postanowienie umowne zakazujące przedsiębiorcy tworzenia własnych technologii, odrębnych od technologii przewidzianych umową licencyjną, stanowiłoby bowiem - w myśl prawa singapurskiego - jednoznaczne naruszenie przepisów prawa ze względu na istotne ograniczenie prawa SBW do prowadzenia działalności gospodarczej.

Niezgodne z prawdą są również twierdzenia zawarte w ww. opinii i powtórzone przez zamawiającego, jakoby wszelkie technologie wytworzone przez SBW stanowiły „ulepszenia” w myśl umowy licencyjnej. W ramach umowy licencyjnej strony miały, zgodnie z pkt. 3.5 w zw. z pkt. 1.6 wymieniać się doświadczeniami i ulepszeniami, tak aby te właśnie wskazane w umowie technologie, rozwijały się i aby obie strony mogły z nich korzystać. Istotą umowy było zatem wspólne wdrożenie technologii Alstom na terenie Chińskiej Republiki Ludowej, a także wspólne ulepszanie tych właśnie technologii. Wbrew twierdzeniom zamawiającego oraz twierdzeniom zawartym w opinii, SBW nie miało obowiązku dzielenia się wszystkimi ulepszeniami wszystkich tworzonych przez siebie technologii. Obowiązek ten dotyczył bowiem jedynie dzielenia się ulepszeniami licencjonowanych urządzeń (pkt 1.6. umowy licencyjnej w zw. z pkt. 3.5). Mając powyższe na uwadze, punkty A, B, D i E opinii Bird&Bird są albo bezsporne (fakt istnienia umowy licencyjnej pomiędzy stronami) albo pozostają bez znaczenia dla niniejszej sprawy.

Odwołujący podniósł, że technologia stworzona przez SBW jest stworzoną niezależnie własną technologią. Jeżeli zamawiający uznał, że SBW wytworzyło technologię niesamodzielnie, to powinien w uzasadnieniu odrzucenia oferty przedstawić dowody

jednoznacznie wskazujące, że kotły SBW stanowiły wykorzystanie technologii Alstom. Odwołujący podkreślił, że w porównaniu do rozwiązań Alstomu obie technologie różnią się od siebie w znacznym stopniu.

Konsorcjum CNEEC złożyło prawdziwe oświadczenie w swojej ofercie twierdząc, że: „mamy pełne i niezaprzeczalne prawo do oferowania i wybudowania bloku energetycznego o mocy 800 - 910 MW na parametry nadkrytyczne w Tauron Wytwarzanie S.A., Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie i ponosimy pełną odpowiedzialność w przypadku jakichkolwiek roszczeń ze strony osób trzecich.” oraz zagwarantowało, że zawarcie Kontraktu, jego wykonanie oraz korzystanie przez zamawiającego z Przedmiotu Kontraktu (lub dowolnej jego części) w celach i na zasadach wynikających z Kontraktu nie będzie stanowiło naruszenia jakichkolwiek praw przysługujących wykonawcy lub osobom trzecim, ani czynu niedozwolonego. Konsorcjum CNEEC spełniło zatem postanowienia siwz określone w Artykule XVI Kontraktu (Część III.1 siwz).

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 65 k.c. w związku z art. 14 Pzp oraz zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i 2 Pzp

W ocenie odwołującego, zamawiający niewłaściwie ocenił ofertę Konsorcjum CNEEC i uznał, że wskazane w zawiadomieniu nieprawidłowości stanowią niezgodności z siwz, a jeśli by nawet uznać, że tak jest, to nieprawidłowości te powinny zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 Pzp. Ponadto w sytuacji, w której zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty Konsorcjum CNEEC, o czym świadczy uzasadnienie zawiadomienia, zamawiający nie zwrócił się do odwołującego z prośbą o wyjaśnienie, a uchybienie temu obowiązkowi miało daleko idące konsekwencje dla Konsorcjum CNEEC. Zamawiający nie poprawił omyłek w ofercie Konsorcjum CNEEC, które należało zakwalifikować jako omyłki pisarskie lub inne omyłki, których poprawienie nie powoduje niezgodności z siwz.

Zarzuty dotyczące podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum CNEEC wskazanych w Załączniku nr 5 do zawiadomienia.

1. Ad. 1 Tabeli – „Formularz Oferta” - brak w ofercie Załącznika do punktu 18 formularza „Oferta”, tj. listy stosowanych jednostek oraz listy zastosowanych symboli, o której mowa w podpunkcie 4 punktu 2 Załącznika A2 Część II.2 siwz oraz listy wszystkich zastosowanych symboli, o której mowa w ppkt 5 pkt 3 Załącznika A2 Część II.2 siwz.

Odwołujący wskazał, iż dokonał akceptacji wszystkich jednostek oraz symboli, poprzez złożenie oferty, czym poświadczyło, że akceptuje wszystkie postanowienia zawarte w siwz (pkt 6 oraz pkt 9 oferty). Lista jednostek i symboli jest jasno i klarownie zdefiniowana w siwz i odnosi się do jednostek i symboli będących w powszechnym użyciu. Fakt nieprzekopiowania jednego z załączników siwz do oferty, w przypadku, gdy wykonawca w treści oferty potwierdził, że akceptuje całą treść siwz, nie może być powodem odrzucenia

oferty jako niezgodnej z siwz.

2. Ad. 2 Tabeli - Załącznik nr 3 - Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (str. 1743- 1751 oferty) - w ofercie podano terminy w miesiącach od zawarcia Kontraktu, a nie podano dat zakończenia Etapów Realizacji.

Odwołujący podniósł, że nie było i nie jest możliwe wskazanie daty dziennej zakończenia danego Etapu Realizacji, gdyż wszystkie terminy wykonania etapów będą liczone od dnia zawarcia Kontraktu, a dokładna data zawarcia Kontraktu nie była znana w dniu złożenia oferty i nie jest znana dzisiaj. Odwołujący zauważył, że zamawiający w siwz nie posługuje się konkretnymi datami lecz miesiącami, ponieważ nie jest możliwe określenie konkretnych dat. Odwołujący wskazał na niekonsekwencję i niespójność siwz - w tiret 6 Wymagań dotyczących Załącznika nr 3 (Część III.2 siwz, str. 8) jest mowa o „terminie zakończenia każdego Etapu Realizacji”, natomiast w Tabeli (Część III.2 siwz, str. 9) jest mowa o „Dacie zakończenia Etapu Realizacji”. Także w Uwagach do Wykonawcy (Część III.2 siwz, str. 13) jest mowa o „terminach”, a nie o „datach”.

3. Ad. 3 Tabeli - Załącznik nr 3 - Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (str. 1743- 1751 oferty) - zamieszczone w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym etapy realizacji nr 1,2,3,4,5,6 przewidziano do realizacji w terminie odpowiednio 3,4,5,1,2,5 miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu, a to oznacza, że są to Etapy Realizacji, które byłyby płatne przed datą wypłaty zaliczki.

Odwołujący wskazał, że termin realizacji i termin płatności to są dwie różne kwestie. Zgodnie z tiret 8 Wymagań dotyczących Załącznika nr 3 (część III.2 siwz, str. 8) „Wykonawca nie może umieścić w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym takiego Etapu Realizacji, który byłby płatny wcześniej niż wypłata przez Zamawiającego pełnej kwoty zaliczki określonej w punkcie 3.1 Artykułu III Kontraktu”. Jednocześnie zgodnie z tiret 6 ww. Wymagań „W Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym należy uwzględnić fakt, że termin zakończenia każdego Etapu Realizacji i sporządzania Protokołu Zakończenia danego Etapu Realizacji następuje najpóźniej do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca (patrz także punkt 3.3.1 Artykułu III Kontraktu.” Oferta Konsorcjum CNEEC uwzględnia powyższe wymagania. Wskazane w ofercie terminy dotyczą terminów wykonania poszczególnych etapów, a nie terminów płatności. Płatności będą dokonywane zgodnie z wymaganiami siwz i Kontraktu. Jednocześnie przywołany powyżej zapis wymagań dotyczących Załącznika nr 3 w żaden sposób nie zabrania wykonawcy umieszczenia w ofercie etapu, który mógłby być wykonany przed zapłatą pełnej kwoty zaliczki określonej w punkcie 3.1 Kontraktu (Część III.1 siwz, str. 25). Postanowienie to wskazuje jedynie, że wykonawca nie będzie mógł domagać się płatności przed datą zapłaty pełnej kwoty zaliczki, zgodnie z punktem 3.1 Kontraktu, nawet jeśli jakieś prace ukończy przed datą zapłaty całej zaliczki. Ponadto, zgodnie z punktem 3.4 Kontraktu (Część III.1 siwz, str. 29), faktury będą wystawiane przez

wykonawcę w ciągu 7 dni od daty podpisania odpowiedniego Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji. Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty za daną fakturę w ciągu 30 dni od daty otrzymania faktury (a nie od daty jej wystawienia), a w związku z powyższym dysponentem płatności jest wykonawca, a nie zamawiający. Konsorcjum CNEEC może zatem wystawić fakturę po zakończeniu etapu realizacji, nawet jeśli miałyby to miejsce przed zapłatą całkowitej kwoty zaliczki, zgodnie z punktem 3.1 Kontraktu, ale jednocześnie jest zobowiązane uwzględnić, że termin płatności faktury za dany etap nie może przypadać przed datą zapłaty całej zaliczki.

Ponadto, Konsorcjum CNEEC, podpisując oświadczenie w punkcie 9 Formularza Oferta (strona 9 oferty), potwierdziło znajomość i zaakceptowało wymagania Kontraktu (w tym dotyczące warunków i terminów płatności) oraz Załączników do Kontraktu zamieszczonych w Części III.1 siwz i Części III.2 siwz, i realizując Kontrakt zamierza respektować wszystkie te wymagania. Powyższa okoliczność powinna zostać uwzględniona przez zamawiającego przy ocenie oferty.

4. Ad. 4 Tabeli - Załącznik nr 3 - Harmonogram Rzeczowo-Finansowy oraz Załącznik nr 6 - Harmonogram Realizacji Kontraktu - wykonawca przewidział, że Etap Realizacji nr 94 „Zakończenie szkolenia personelu Zamawiającego” zostanie wykonany w 34 miesiącu od zawarcia Kontraktu, co jest niezgodne z wymaganiami, zważywszy, że etap „Zakończenie Ruchu Regulacyjnego (Etap Realizacji nr 93) zostanie wykonany w 53 miesiącu od dnia zawarcia Kontraktu. Zgodnie z definicją Rozruchu (definicja nr 33 w Kontrakcie - Część III.1 siwz - Rozruch oznacza etap rozpoczynający się w końcowej fazie montażu urządzeń i układów składających się na Blok, a kończący się przejściem Bloku do Eksploatacji.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymogami siwz przewidział szkolenia dla pracowników zamawiającego. Wskazanie przez Konsorcjum CNEEC 34-miesiąca, jako terminu zakończenia szkolenia, nie oznacza, że po tym terminie takie szkolenia przez odwołującego nie będą przeprowadzane. Obowiązek sukcesywnego przeprowadzania szkoleń, aż do Zakończenia Ruchu Regulacyjnego, został nałożony w siwz i Konsorcjum CNEEC zamierza się z tego obowiązku wywiązać. Odwołujący, przygotowując ogólny harmonogram, niejako przyjął założenie, że zasadnicza część szkoleń będzie musiała zostać przeprowadzona do 34 miesiąca, ponieważ po tym terminie część urządzeń będzie już działała i pracownicy zamawiającego będą musieli mieć odpowiednie przeszkolenie by je obsługiwać. Pracownicy zamawiającego będą uczestniczyli w czynnościach odwołującego podejmowanych po 34 miesiącu i odwołujący będzie ich szkolił w odpowiednim zakresie. Odwołujący zwrócił uwagę, że powyższy punkt został zamieszczony w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu. Zgodnie z definicją słowa „ramowy” znajdującą się w słowniku języka polskiego „ramowy” znaczy tyle co „sformułowany ogólnie, bez

szczegółów”. Odwołujący przyjął, że skoro co do zasady główne szkolenia zostaną przeprowadzone w ciągu pierwszych 34 miesięcy, to te szkolenia powinny być uznane jako Etap Realizacji. Szkolenia, które mają zostać przeprowadzone po 34 miesiącu odwołujący zamierza umieścić w Szczegółowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu, który - jak sama nazwa wskazuje - powinien zawierać więcej detali. Nie oznacza to jednak niezgodności oferty z siwz. Dodatkowo, zgodnie z wymogami dotyczącymi Załącznika nr 3 (część III.2 SIWZ, str. 13) Harmonogram Rzeczowo-Finansowy złożony przez wykonawcę może być przedmiotem dodatkowych uszczegółowień i może być nieznacznie doprecyzowany, ale przy zachowaniu zapisów i wymagań w Artykule III Kontraktu. Możliwe jest zatem doprecyzowanie w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, że szkolenia będą prowadzone także po 34 miesiącu od dnia zawarcia Kontraktu. Będzie to nieznaczne doprecyzowanie, ponieważ potwierdzeniem, że odwołujący zobowiązał się prowadzić szkolenia, aż do Zakończenia Ruchu Regulacyjnego (oprócz argumentacji przedstawionej powyżej), jest także fakt, że odwołujący złożył w ofercie oświadczenia, iż wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w siwz (punkt 1 formularza oferty, str. 9) oraz oświadczenie, iż odwołujący zapoznał się i zaakceptował postanowienia Kontraktu (a więc także postanowienia dotyczące prowadzenia szkoleń, aż do Zakończenia Ruchu Regulacyjnego), oraz załączników do Kontraktu (punkt 9 formularza oferty, strona 9). Odwołujący zamierza respektować powyższe zobowiązania. Zamawiający, oceniając ofertę odwołującego, powinien rozpatrywać ją jako całość, mając na uwadze także pozostałe oświadczenia w niej złożone.

5. Ad. 5 Tabeli - Załącznik nr 3 Harmonogram Rzeczowo-Finansowy oraz Załącznik nr 6 - Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu - zamawiający stwierdził brak w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu następujących Etapów Realizacji wskazanych przez odwołującego w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym:

- Etap Realizacji nr 2 - Wykonanie dokumentacji niezbędnej dla aktualizacji przez Zamawiającego Projektu Budowlanego w zakresie Bloku;
- Etap Realizacji nr 68 - Zakończenie montażu kotła
- Etap Realizacji nr 69 - Zakończenie montażu turbozespołu Etap Realizacji nr 70 - Zakończenie montażu IOS
- Etap Realizacji nr 91 - Zakończenie trawienia i dmuchania kotła i rurociągów
- Etap Realizacji nr 92 - Synchronizacja Bloku z KSE i przygotowanie do Ruchu Regulacyjnego;
- Etap Realizacji nr 93 - Zakończenie Ruchu Regulacyjnego Etap Realizacji nr 96 - Przejęcie Bloku do Eksploatacji.

Zamawiający uznał, że w zakresie ww. etapów wskazane w ofercie w kolumnie 7 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego powiązania z Ramowym Harmonogramem

Realizacji Kontraktu wskazują na zupełnie inne czynności, których zakres nie odpowiada pracom wykonywanym w danym Etapie Realizacji.

Odwołujący wskazał, że wszystkie Etapy Realizacji podane w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym (Załącznik nr 3 do Kontraktu, str. 1739-1770 oferty) znajdują się w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu (Załącznik nr 6 do Kontraktu, str. 1771-1790 oferty). Jednocześnie zakres czynności w poszczególnych Etapach Realizacji wskazanych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym odpowiada (pokrywa się) zakresowi czynności wskazanych w Harmonogramie Realizacji Kontraktu. Odwołujący stwierdził, że w HRF i HRK, co prawda zostały użyte różne zwroty dla określenia tych samych czynności, jednak zgodnie z wymogami siwz odpowiednie punkty z HRF zostały powiązane z punktami z HRK, co potwierdza, że zakresy tych punktów się pokrywają. Odwołujący wskazał, że stosowne referencje zostały umieszczone w HRF:

- Etap Realizacji nr 2 w HRF (Wykonanie dokumentacji niezbędnej dla aktualizacji przez Zamawiającego Projektu Budowlanego w zakresie Bloku) znajduje się w punkcie 1.03.01 HRK (Opracowanie rysunków konstrukcyjnych niezbędnych do uzyskania pozwolenia na budowę); Odwołujący wskazał, że w punkcie 1.03.01 HRK chodzi o wszelką dokumentację niezbędną do aktualizacji pozwolenia na budowę (a tym samym projektu budowlanego, który jest niezbędną do aktualizacji pozwolenia na budowę).

- Etap Realizacji nr 68 w HRF (Zakończenie montażu kotła) znajduje się w punkcie 1.12.01.01.01.09 HRK (Uszczelnienie kotła); Odwołujący wyjaśnił, że uszczelnienie kotła jest ostatnią czynnością techniczną składającą się na zakończenie montażu kotła.

- Etap Realizacji nr 69 w HRF (Zakończenie montażu turbozespołu) znajduje się w punkcie 1.12.01.02.01.10 HRK (Zamknięcie pokrywy turbiny); Odwołujący wyjaśnił, że zamknięcie pokrywy turbiny jest ostatnią czynnością techniczną składającą się na montaż turbozespołu.

- Etap Realizacji nr 70 w HRF (Zakończenie montażu IOS) znajduje się w punkcie 1.12.08.01.01.02.1 HRK (Układ kolumny absorpcyjnej). W wyniku oczywistej pomyłki pisarskiej w HRK wpisano odwołanie do pozycji 71 z HRF zamiast do pozycji 70 z HRF. Taka omyłka winna zostać poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp.

- Etap Realizacji nr 91 HRF (Zakończenie trawienia i dmuchania kotła i rurociągów) znajduje się w punkcie 1.13.03 HRK (Rozpalenie kotła dla przedmuchu); Odwołujący wyjaśnił, że rozpalenie kotła dla przedmuchu jest ostatnią czynnością techniczną składającą się na zakończenie trawienia i dmuchania kotła i rurociągów.

- Etap Realizacji nr 92 HRF (Synchronizacja Bloku z KSE i przygotowanie do Ruchu Regulacyjnego) znajduje się w punkcie 1.14.07.01 HRK (Ogólne uruchomienie turbozespołu);

- Etap Realizacji nr 93 HRF (Zakończenie Ruchu Regulacyjnego) znajduje się w punkcie 1.15.01 HRK (Rozpoczęcie 720-godzinnej próby eksploatacji bloku); Odwołujący wyjaśnił,

że po 720-godzinnej próbie eksploatacji nastąpi zakończenie ruchu regulacyjnego.

- Etap Realizacji nr 96 HRF (Przejęcie Bloku do Eksploatacji) znajduje się w punkcie 1.16.1 HRK (Podpisanie Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji). Zgodnie z punktem 11.7.7.6 oraz 11.7.7.7 HRK podpisanie protokołu przejęcia bloku do eksploatacji oznacza przejęcie przez zamawiającego ryzyka w zakresie utraty i uszkodzenia Bloku oraz odpowiedzialności za zabezpieczenie i nadzór nad Blokiem, i z tą chwilą przechodzi na zamawiającego prawo własności Przedmiotu Kontraktu.

Powyższe potwierdza, że wszystkie punkty z Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego kwestionowane przez zamawiającego są zawarte i prawidłowo powiązane z odpowiednimi punktami Ramowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu. Wszystkie zakresy czynności wskazane w HRF pokrywają się z odpowiadającymi im czynnościami wskazanymi w HRK. Powyższej konkluzji nie zmienia użycie w niektórych przypadkach odmiennych zwrotów dla opisanie danej czynności - skoro w konkretnych punktach z konkretnymi etapami realizacji w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym znajdują się odwołania do konkretnych punktów w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu (Załącznik nr 6 do Kontraktu), to znaczy, że chodzi o te same czynności.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że jeśli zamawiający miał wątpliwości co do pokrywania się zakresów czynności wskazanych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym oraz w Harmonogramie Realizacji Kontraktu, to powinien skorzystać z art. 87 ust. 1 Pzp i zwrócić się do Konsorcjum CNEEC o wyjaśnienia w tym zakresie. Niezrozumienie pewnych elementów oferty przez zamawiającego nie może skutkować automatycznym odrzuceniem oferty. Zamawiający nie dopełnił ww. obowiązku wynikającego z Pzp, a tym samym pozbawił Konsorcjum CNEEC możliwości udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. W związku z powyższym zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp.

Nadto, z ostrożności odwołujący podniósł, że nawet jeśli by uznać, że w opisanym powyżej zakresie oferta odwołującego jest niezgodna z siwz, to powyższe niezgodności powinny być traktowane jako inne omyłki, których poprawienie przez zamawiającego nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zobowiązany jest prowadzić to postępowanie w sposób rzetelny i z dochowaniem należytej staranności. W związku z tym zamawiający powinien był uwzględnić, że dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (odrzucenie oferty z powodu niezgodności z siwz) należy stosować z zastrzeżeniem przepisu art. 87 ust. 2 Pzp, i w przypadku, gdy zachodzą przesłanki zastosowania tego przepisu, dokonywać poprawienia treści oferty, a nie jej natychmiastowego odrzucenia. Intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 Pzp było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obciążonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których poprawienie nie prowadzi do

istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają one bowiem w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, złożonego przez niego oświadczenia woli (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2011 r., sygn. KIO 1721/12). Przepis art. 87 ust. 2 Pzp nakazujący i umożliwiający zamawiającemu poprawienie oczywistych omyłek pisarskich oraz poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności z siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, ma charakter kategoryczny, na co wskazuje zwrot „zamawiający poprawia”. A zatem, zanim zamawiający odrzuci ofertę, zarzucając jej niezgodność z siwz, zobligowany jest wyczerpać procedurę podaną w art. 87 ust. 2 Pzp i dokonać poprawy omyłek, przy czym obowiązany jest niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach (tak: R. Pruszkowski „Wyjaśnianie i poprawianie przez zamawiającego treści oferty.”, Zam.Pub.Dor.2011.5.35; por. także: wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r., sygn. KIO 556/12). Odwołujący stwierdził wobec powyższego, że nawet gdyby uznać, że oferta Konsorcjum CNEEC jest niezgodna z siwz, to zamawiający zaniechał ww. czynności, do której był zobowiązany na podstawie Pzp, a tym samym dopuścił się na ruszenia przepisów postępowania, w tym w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odnosząc się do wskazanych przez zamawiającego braków w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu odwołujący wskazał dodatkowo, że nawet jeśli by uznać, że rzeczywiście oferta Konsorcjum CNEEC jest w tym zakresie niezgodna z siwz, to niezgodności te - mające charakter omyłek - powinny zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ ich poprawienie w żaden sposób nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący wskazał, że Harmonogram Rzeczowo-Finansowy zawiera wszystkie pozycje wymagane w siwz oraz zawiera odesłania do odpowiednich pozycji w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu, zgodnie z wymogami siwz. Oba te dokumenty są ze sobą powiązane. Odwołujący podkreślił, że za dopuszczalnością poprawiania omyłek w harmonogramach w trybie art. 87 ust. 2 Pzp wielokrotnie wypowiedała się Krajowa Izba Odwoławcza, np. wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2011 r., sygn. KIO 1648/11; wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r., sygn. KIO 839/11; wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 1724/10; wyrok KIO z dnia 29 października 2009 r., sygn. KIO/UZP 1326/09. Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp mogło być poprzedzone wyjaśnieniami, o których mowa w art. 87 ust. 1 zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści. W świetle powyższego zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

6. Ad. 6 Tabeli - Załącznik nr 6 - Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu - w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu wykonawca nie uwzględnił przekazania następujących rodzajów dokumentacji:

- Projekt Wykonawczy, w tym w branży: budowlano - konstrukcyjnej i architektonicznej, technologicznej, elektrycznej i teletechnicznej, AKPiA, Nadrzędnego Systemu Automatyki Bloku (NSAB), instalacyjnej, ochrony przeciwpożarowej (punkt 6.1.4. Artykułu VI Kontraktu);
- Dokumentacja jakościowa i rejestracyjna (pkt. 6.1.6. Artykułu VI Kontraktu);
- Instrukcja Rozruchu Bloku (pkt. 6.1.7.1. Artykułu VI Kontraktu);
- Dokumentacja Techniczno-Ruchowa (pkt. 6.1.7.2. Artykułu VI Kontraktu);
- Instrukcja Eksploatacji Bloku (pkt. 6.1.7.3. Artykułu VI Kontraktu);
- Wytyczne do procedury Pomiarów Gwarancyjnych (pkt. 6.1.7.4. Artykułu VI Kontraktu);
- Dokumentacja dotycząca Bloku niezbędna do uzyskania przez Zamawiającego Pozwolenia na Użytkowanie Bloku (pkt. 6.1.8. Artykułu VI Kontraktu);
- Dokumentacja Wykonawcza z naniesionymi zmianami „Red Corex” (pkt. 6.1.9. Artykułu VI Kontraktu);
- Dokumentacja geodezyjna (pkt. 6.1.10. Artykułu VI Kontraktu).”.

Odwołujący podniósł, że w wymogach dotyczących Załącznika nr 3 (Część III.2 siwz, str. 13) zamawiający - jako obowiązkowe - wskazał jedynie następujące punkty z Art. VI Kontraktu: 6.1.1, 6.1.2, 6.1.3, 6.1.5, 6.1.11 (Część III.1 siwz, str. 47). Pozostałe punkty z Artykułu VI Kontraktu nie były wymagane jako obowiązkowe. Ponadto, do oferty miał zostać załączony Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu. Jak wskazano powyżej pojęcie „ramowy” oznacza „ogólny, bez szczegółów”. Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, że w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu powinny zostać wskazane główne, najistotniejsze Etapy Realizacji. Szczegółowy Harmonogram Realizacji Kontraktu ma zostać przygotowany nie później niż 30 dni przed protokolarnym przejęciem od zamawiającego terenu budowy. Zamawiający wymagał też od wykonawców złożenia oświadczenia, że opracują Szczegółowy Harmonogram Realizacji Kontraktu zgodnie z zapisami punktu 6.1 w Artykule VI Kontraktu. W szczegółowym harmonogramie wykonawca uwzględni wszystkie warunki i terminy podane w Kontrakcie.

W tym miejscu odwołujący wskazał na nieprecyzyjność i niejednoznaczność postanowień siwz, tj. z jednej strony zamawiający wymagał ujęcia w harmonogramie jedynie pięciu punktów z Artykułu VI Kontraktu, z drugiej zaś strony w wymaganiach dotyczących Załącznika nr 6 zamawiający wskazał, że Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu powinien być spójny z punktem 6.1 Kontraktu i terminy podane przez wykonawcę w Załączniku muszą być takie same, jak w punkcie 6.1 Artykułu VI Kontraktu. Wymagania dotyczące Załącznika 6 nie przesądzają jednoznacznie, czy wszystkie punkty wskazane w Artykule VI Kontraktu muszą być umieszczone w Harmonogramie Realizacji Kontraktu, czy dotyczy to tylko obowiązkowych pięciu punktów. Nie przesądza tego także nałożony na wykonawcę obowiązek zachowania spójności i terminów poszczególnych pozycji z Harmonogramu Realizacji Kontraktu z terminami z Art. VI Kontraktu, ponieważ wymóg ten

może być odczytywany, jako dotyczący jedynie pozycji obowiązkowych.

Przygotowany przez odwołującego Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu, powiązany z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym, uwzględnia ww. obowiązkowe pozycje z Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego i zgodnie z wymaganiami dotyczącymi Załącznika nr 6 (Część III.2 SIWZ, str. 17) terminy wskazane w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu są spójne z terminami wskazanymi w Kontrakcie. Pozostałe punkty są objęte innymi etapami (czynnościami). Skoro wykonawca miał przygotować Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu, to nie można uznać, że oferta Konsorcjum CNEEC jest niezgodna z siwz.

Z ostrożności, odwołujący wskazał, że nawet jeśli by przyjąć, że wymagania dotyczące Załącznika nr 6 są jednoznaczne i wszystkie punkty z Artykułu VI Kontraktu powinny zostać uwzględnione w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu, to okoliczność, że w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu nie są przewidziane oddzielne pozycje dla punktów z Artykułu IV Kontraktu, nie powinno stanowić podstawy odrzucenia oferty. Braki te powinny być bowiem potraktowane jako inne nieistotne omyłki polegające na niezgodności z siwz. Omyłki te powinny zostać poprawione, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ omyłka może polegać zarówno na niewłaściwym ujęciu w ofercie określonej informacji lub zobowiązania, jak i ich pominięciu (por. W. Dzierżanowski „Komentarz do art. 87 ustawy - Prawo zamówień publicznych”, LEX 2012 i przywołane tam orzecznictwo). Ponadto, na podstawie pozostałych informacji zawartych w ofercie jest możliwe ustalenie i potwierdzenie, że dokumentacja zostanie przekazana przez Konsorcjum CNEEC z uwzględnieniem wszystkich wymogów siwz, w tym terminów wynikających z Art. VI Kontraktu.

Odwołujący zauważył, że złożył w ofercie oświadczenie, iż wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w siwz (punkt 1 formularza oferty, str. 9) oraz oświadczenie, iż Konsorcjum CNEEC zapoznało się i zaakceptowało postanowienia Kontraktu (a więc także postanowienia dotyczące dostarczenia dokumentacji określonej w Kontrakcie w określonych terminach) oraz załączników do Kontraktu (punkt 9 formularza oferty, str. 9). Ponadto odwołujący złożył w ofercie, jako Załącznik 13 do Kontraktu, zaparafowane wymagania zamawiającego dotyczące rodzajów i zakresu dokumentacji wykonawcy, obejmującej między innymi także dokumentację wskazaną w punkcie 6.1 Kontraktu. Konsorcjum CNEEC złożyło także w Załączniku nr 6 do formularza oferty „Tajemnica Przedsiębiorstwa” Załącznik nr 3 do formularza oferty „Dane niezbędne do uzupełnienia Kontraktu”, w którym wskazane zostały terminy przekazania poszczególnej dokumentacji (Tom II oferty, str. 126-128).

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z wymaganiami dotyczącymi Załącznika nr 6 (Część III.2 siwz, str. 17) Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu

złożony przez wykonawcę może być przedmiotem dodatkowych uszczegółowień zamawiającego z wybranym wykonawcą. Możliwe jest zatem doprecyzowanie harmonogramu poprzez uwzględnienie przekazania ww. dokumentacji. W związku z powyższym zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 65 k.c. w związku z art. 14 Pzp.

7. Ad. 7 Tabeli - Załącznik nr 6 - Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu - w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu wykonawca nie uwzględnił terminów podania/udostępnienia mediów.

Odnosząc się do powyższego zarzutu odwołujący wskazał, że złożony w ofercie Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu uwzględnia zobowiązania stron związane z dostarczeniem mediów. Odwołujący zwrócił uwagę, że wymagania dotyczące Załącznika nr 6 (Część III.2 siwz, str. 17) dotyczące mediów nie określają jednoznacznie, że zamawiający wymaga wskazania tych terminów, jako odrębnej pozycji w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu. W Wymaganiach jest mowa jedynie, że Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu musi uwzględniać „terminy podania/udostępnienia mediów przez Zamawiającego zgodnie z zapisami punktu 11.5.4., 11.6.4, 12.1.4. i 12.4. Kontraktu”. Szczegółowa argumentacja dotycząca nieprecyzyjnych zapisów siwz oraz faktu, że wykonawca nie może ponosić ujemnych konsekwencji z tym związanych została przedstawiona w nin. odwołaniu w Ad. 6 Tabeli (punkt 6 powyżej). Odwołujący wyjaśnił, iż podtrzymuje swoje stanowisko w tym zakresie w odniesieniu do niniejszego punktu.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że zgodnie z definicją zawartą w słowniku języka polskiego „uwzględnić” znaczy „1. wziąć pod uwagę; 2. zastosować się do czegoś”. W świetle powyższego stwierdzić należy, że uwzględnienie nie musi polegać na dodaniu konkretnego punktu w harmonogramie - może bowiem polegać na tym, że wykonawca - przy tworzeniu Ramowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu - weźmie pod uwagę wymagania dotyczące terminów podania/udostępnienia mediów, określone w siwz. Odwołujący dodał, że do oferty miał zostać załączony Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu, a w związku z tym w harmonogramie powinny zostać wskazane główne, najistotniejsze Etapy Realizacji. Szczegółowy Harmonogram Realizacji Kontraktu ma zostać przygotowany nie później niż 30 dni przed protokolarnym przejściem od zamawiającego terenu budowy. Odwołujący zwrócił też uwagę, że informacje o tym, kiedy zamawiający ma zostać poinformowany o zapotrzebowaniu na media znajdują się w Art. XI Kontraktu w punkcie 11.5.4 „Wykonawca w terminie 2 (dwóch) miesięcy przed przekazaniem przez Zamawiającego Terenu Budowy poda Zamawiającemu zapotrzebowanie na energię elektryczną i wodę, których parametry wynikają z możliwości Zamawiającego”. W świetle powyższego, nawet jeśli by przyjąć, że Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu powinien zawierać oddzielny punkt dotyczący terminów przekazania/udostępnienia mediów, to brak takiej pozycji w ofercie

powinien zostać potraktowany jako inna nieistotna omyłka, podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp bądź uszczegółowieniu, zgodnie z wymaganiami dotyczącymi Załącznika nr 6 (Część III.2 siwz, str. 13). Fakt, że nie będzie to istotna zmiana znajduje potwierdzenie w tym, że zamawiający ma możliwość uzyskania informacji o terminie zgłoszenia zapotrzebowania na media na podstawie innych informacji zawartych w ofercie. Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum CNEEC złożyło oświadczenie o akceptacji postanowień Kontraktu i zobowiązań z niego wynikających, co także przemawia za tym, że ww. brak powinien być traktowany jako omyłka, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Mając na uwadze powyższe zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 65 k.c. w związku z art. 14 Pzp.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł zarzuty w odniesieniu do przyczyn odrzucenia oferty podanych przez zamawiającego w Załączniku nr 6 do Zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Treść zarzutów została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ dotyczy informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez jego niezastosowanie wobec oferty Konsorcjum Rafako, alternatywnie naruszenie art. 26 ust 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Rafako do przedstawienia umowy regulującej współpracę wykonawcy z podmiotem, który udostępni wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie.

Oferta Konsorcjum Rafako powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w związku z oświadczeniami wykonawcy zawartymi we wstępie do Kontraktu dotyczącymi dysponowania stosowną wiedzą, doświadczeniem i technologią do realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 25 lipca 2010 r. w celu spełnienia wymogu posiadania odpowiednich referencji Konsorcjum Rafako powołało się na referencje wystawione przez Zespół Elektrowni Pątnów-Adamów-Konin jako zamawiającego w przetargu na podstawie realizacji przetargu Zespołu Elektrowni Pątnów-Adamów-Konin II. W ww. zamówieniu Rafako nie było jednak generalnym wykonawcą, ale podwykonawcą głównego wykonawcy zamówienia tj. SNC Lavalin Sp. z o.o., a ponadto nie zawierały one pełnego zakresu wymaganego w ogłoszeniu o zamówieniu. W związku z powyższym ww. referencje nie mogły być wykorzystywane w niniejszej procedurze przetargowej. W konsekwencji zamawiający wezwał Konsorcjum Rafako do uzupełnienia wniosku i przedstawienie odpowiednich referencji. Konsorcjum Rafako w uzupełnieniu z dnia 25 lutego 2011 r. przedstawiło oświadczenie Siemens AG z 23 lutego 2011 r. o współpracy, o jakiej mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. Tym samym Konsorcjum Rafako poświadczyło, że nie posiada odpowiedniego potencjału i potrzebuje dodatkowego wsparcia technicznego w celu spełnienia wymogów

siwz. W rezultacie Konsorcjum Rafako wskazało Siemens AG jako podmiot udzielający wsparcia technicznego. Składając oświadczenie Siemens AG Konsorcjum Rafako potwierdziło, że będzie korzystać z potencjału tego podmiotu.

W formularzu „Oferta Wstępna” z 4 lipca 2011 r. Konsorcjum Rafako w punkcie 13 oświadczyło, że zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp w realizacji przedmiotu zamówienia będzie uczestniczył tzw. inny podmiot, który został wymieniony we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a mianowicie: Siemens AG z siedzibą w Berlinie i Monachium, Niemcy, w zakresie wyspy turbinowej. Dodatkowo, zgodnie ze złożonym wyjaśnieniem do formularza Oferta Wstępna Konsorcjum Rafako stwierdziło, że „Dla wykonania niniejszego Przedmiotu Kontraktu dla zakresu turbozespołu posiadamy technologię udostępnioną przez firmę Siemens AG, co zostało wykazane odpowiednimi dokumentami umieszczonymi w Załączniku nr 16 do Kontraktu”. Konsorcjum Rafako potwierdziło tym samym swoje dalsze uczestnictwo w przetargu na zasadach współpracy z Siemens AG.

Jednakże, w ofercie końcowej z dnia 19 października 2012 r. Konsorcjum Rafako bezprawnie zmieniło jednak swoją deklarację współpracy i uczestnictwa w postępowaniu. W punkcie 16 oferty końcowej Konsorcjum Rafako oświadczyło, iż „zgodnie ze złożonym Wnioskiem o Dopuszczenie nie dotyczy nas art. 26 ust 2b PZP”. Dodatkowo Konsorcjum Rafako w załączniku nr 4 do formularza „Oferta” (załącznik nr 16 do Kontraktu) stwierdziło, że „Wykonawca we Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie przedstawił „innego podmiotu” w rozumieniu art. 26 ust. 2b Ustawy w celu spełnienia warunków technicznych wymaganych w ogłoszeniu. W związku z powyższym Wykonawca nie składa Umowy regulującej współpracę Wykonawcy z podmiotem, który udostępnia Wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie dla Realizacji Przedmiotu Kontraktu”. Dodatkowo w Załączniku nr 16 do Kontraktu (Załącznik nr 4 do formularza „Oferta”) Konsorcjum Rafako zadeklarowało, że „Wykonawca został dopuszczony do udziału w niniejszym postępowaniu na bazie własnych referencji z realizacji projektu pod nazwą Elektrownia Pątnów II w Zespole Elektrowni Pątnów - Adamów - Konin S.A., które przedstawił we Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.”

Powyższe oświadczenia Konsorcjum Rafako są sprzeczne z wyżej wymienionymi dokumentami i oświadczeniami złożonymi w trakcie postępowania. Nie są to deklaracje rzetelne ani prawdziwe, gdyż w złożonym uzupełnieniu wniosku o dopuszczenie z 25 lutego 2010 r. Konsorcjum Rafako zadeklarowało w pkt 13 uczestnictwo tzw. innego podmiotu, który został wymieniony we wniosku, tj. Siemens AG.

Nieprzedstawienie przez Konsorcjum Rafako umowy wsparcia i wykreślenie podmiotu udzielającego takie wsparcie jest niedopuszczalne, gdyż powoduje, że Konsorcjum Rafako nie spełnia warunków określonych w siwz. Konsorcjum Rafako powoływało się na potencjał techniczny Siemens AG w postępowaniu do czasu złożenia oferty końcowej.

Dodatkowo odwołujący zauważył, że parametry dotyczące turbiny przedstawione w ofercie końcowej Konsorcjum Rafako, dotyczą turbiny Siemens AG. Referencje na przedmiotową turbinę zostały wydane Siemens AG przez zamawiających przede wszystkim z Chińskiej Republiki Ludowej za realizację Projektu Elektrowni z nadkrytycznymi turbinami parowymi 2 x 1000 MW w Waigaoqiao No 3.

Nieuwzględnienie współpracy z Siemens AG oraz brak własnego potencjału w ofercie końcowej, a wyłącznie przedstawienie, uprzednio zakwestionowanych przez zamawiającego, referencji przez Konsorcjum Rafako prowadzi do niezgodności oferty z siwz, skoro dopuszczenie do dalszego postępowania zostało udzielone na warunkach przewidujących współpracę Konsorcjum Rafako z Siemens AG, konsekwentnie potwierdzoną przez Konsorcjum Rafako w treści oferty wstępnej. W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający powinien zweryfikować, czy Konsorcjum Rafako będzie zdolne do samodzielnej realizacji zamówienia oraz w opinii odwołującego konsekwentnie odrzucić ofertę z powodu niespełnienia warunków siwz.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że zamawiający był co najmniej zobowiązany do wezwania Konsorcjum Rafako do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp umowy regulującej współpracę z podmiotem, który udostępni wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie.

Zarzut niezgodności treści oferty technicznej Konsorcjum Rafako z treścią siwz.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy zaoferowali blok o mocy brutto nie przekraczającej 910 MWe. Konsorcjum Rafako zaoferowało blok o mocy netto 843, 53 MWe, natomiast Konsorcjum CNEEC blok o mocy netto 840 MWe. Z powyższych informacji wynika, że moc potrzeb własnych bloku Konsorcjum Rafako wynosi 66,47 MWe i jest niższa w przypadku bloku Konsorcjum CNEEC o 3,53 MWe. Wskaźnik zużycia mocy na potrzeby własne dla bloku Konsorcjum Rafako wynosi 7,3 MWe/MWe, natomiast dla bloku CNEEC - 7,7 MWe/MWe. Wynika z tego, że blok Konsorcjum Rafako, o wyższej mocy netto, ma mniejsze potrzeby własne o przeszło 5% od bloku Konsorcjum CNEEC. Wartość ta jest mało wiarygodna. Jeśli założyć, że wskaźnik zużycia mocy na potrzeby własne byłby zbliżony do podanego przez Konsorcjum CNEEC, to wtedy moc brutto zaoferowanego przez Konsorcjum Rafako bloku przekroczyłaby wartość 910 MWe, co stałoby w sprzeczności z warunkami siwz.

Zarzut niewykazania przez Konsorcjum Rafako warunków udziału w postępowaniu,

Z ostrożności procesowej, w przypadku zakwalifikowania przez Izbę, iż brak złożenia przez Konsorcjum Rafako umowy z podmiotem udzielającym swoich zasobów w myśl art. 26 ust. 2b Pzp, tj. Siemens AG należy kwalifikować jako spełnianie przez Konsorcjum Rafako warunków udziału w postępowaniu, które należy badać również na etapie składania ofert końcowych, odwołujący zarzuca, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zaniechał

dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum Rafako na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności niewykazania w ofercie końcowej dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, do czego Konsorcjum Rafako zobowiązało się we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykluczenie wykonawcy z postępowania powoduje automatyczne odrzucenia oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zdaniem odwołującego należy uznać, że Konsorcjum Rafako nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż konsekwentnie nie wskazało podmiotu udzielającego wsparcie techniczne oraz nie załączyło do oferty końcowej umowy regulującej współpracę Konsorcjum Rafako z podmiotem, który udostępnia wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie dla realizacji przedmiotu kontraktu, tj. Siemens AG.

Z ostrożności procesowej odwołujący zarzucił także, iż zamawiający był co najmniej zobowiązany do wezwania Konsorcjum Rafako do uzupełnienia przedmiotowej umowy z Siemens AG w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę powyższe okoliczności zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej nierzetelnie, pomijając istotne dla całej sprawy zagadnienia, nie dążąc do rzeczywistej weryfikacji i oceny ofert, finalnie wybierając bezpodstawnie ofertę Konsorcjum Rafako, która jest droższa od oferty Konsorcjum CNEEC o prawie 500.000.000,00 zł oraz oferuje gorsze parametry techniczne sprawności bloku.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienia wykonawcy: Konsorcjum SNC, Konsorcjum Rafako oraz Konsorcjum Alstom. Wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania wniesionego przez Konsorcjum CNEEC.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi odniósł się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, jak niżej.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający podtrzymał twierdzenie zawarte w „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty”, iż złożenie oferty przez Konsorcjum CNEEC stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem w odniesieniu do oferty Konsorcjum CNEEC wystąpiła przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający podkreślił, iż brał pod uwagę wyjaśnienia złożone przez odwołującego oraz dokonał szczegółowej analizy wszystkich przekazanych mu dokumentów (w tym także oświadczeń i opinii prawnych udostępnionych przez odwołującego). Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 8 listopada 2012 r, Alstom Power Sp. z o.o.

powiadomiła zamawiającego, iż firma SBW, której produkcji kocioł zaoferowało Konsorcjum CNEEC, nie ma prawa do dostarczania kotłów o parametrach nadkrytycznych, jak wymagane w przedmiotowym postępowaniu, poza Chińską Republikę Ludową, i że w związku z tym naruszona została Umowa Licencji, Transferu Technologii i Pomocy Technicznej z dnia 3 marca 2003 r., zawarta pomiędzy Alstom Power Inc. (licencjodawcą) a Shanghai Boiler Works (SBW), jako licencjobiorcą. W świetle obowiązujących przepisów obowiązkiem zamawiającego było wszechstronne zbadanie tej sprawy, co uczynił on z całą starannością. Wyjaśnienia i dokumenty złożone przez odwołującego nie wykazały jednoznacznie, iż umowa licencyjna nie została naruszona. Dla zamawiającego oznaczało to, iż przedmiot zamówienia, zaoferowany przez Konsorcjum CNEEC może być dotknięty wadą prawną, co z kolei wiązało się z ogromnym ryzykiem, zarówno w znaczeniu formalno-prawnym, jak i finansowym. Zamawiający wskazał, że zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, czyn nieuczciwej konkurencji nie musi być popełniony przez wykonawcę. Konieczne jest, aby pozostawał on w funkcjonalnym związku ze złożeniem oferty. Dlatego też dla uznania, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp wystarczy wykazanie, że czyn taki popełnia SBW zobowiązując się do dostarczenia kotła do nowego bloku energetycznego. Zdaniem zamawiającego odwołujący nie przedstawił przekonujących dowodów oraz argumentów pozwalających na uznanie, iż złożona przez niego oferta nie narusza zasad uczciwej konkurencji.

Zdaniem zamawiającego przepis art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp jednoznacznie nakłada na zamawiającego obowiązek badania, czy w prowadzonym postępowaniu nie wystąpił czyn nieuczciwej konkurencji. Obowiązek rozstrzygania sporów dotyczących tych kwestii spoczywa także na Krajowej Izbie Odwoławczej.

Zamawiający wyjaśnił także, iż nie „badał” „kwalifikacji podmiotowych” firmy SBW, a odnosił się jedynie do jej prawa oferowania zamawiającemu kotła zgodnego z opisem zawartym w siwz. Zamawiający nie badał też relacji Alstom - SBW ani też nie odnosił się do faktycznego, czy rzekomego sporu, występującego pomiędzy tymi podmiotami. Zamawiający nie kwestionuje, że ani on, ani Krajowa Izba Odwoławcza nie mają kompetencji do rozstrzygania sporów pomiędzy Alstom a SBW, wynikających z zawartej między nimi Umowy Licencji, Transferu Technologii i Pomocy Technicznej z dnia 3 marca 2003 r. Ma natomiast obowiązek ustalenia, czy wykonawca, oferując kocioł o parametrach zgodnych z wymaganiami określonymi w siwz naruszył interes innego przedsiębiorcy, tj. Alstom.

Zgodnie z siwz wykonawca miał obowiązek wykazania, że zawarcie kontraktu, jego wykonanie oraz korzystanie przez zamawiającego z przedmiotu kontraktu (lub dowolnej jego części) w celach i na zasadach wynikających z kontraktu nie będzie stanowiło naruszenia jakichkolwiek praw przysługujących wykonawcy lub osobom trzecim, ani czynu niedozwolonego (Artykuł XVI Kontraktu). Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu

odwołujący tego nie wykazał, a postępowanie wyjaśniające prowadzone przez zamawiającego potwierdziło, iż jest wręcz przeciwnie. Zamawiający wyjaśnił, że przy pomocy doradców i biegłych, dokonał analizy postanowień ww. umowy licencyjnej oraz stwierdził, że oferowanie przez odwołującego kotła wytworzonego przez SBW narusza stosunki zobowiązaniowe między Alstom a SBW, i tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Kluczowe znaczenie dla oceny tej kwestii ma art. 6.1.6 umowy licencyjnej.

Zamawiający stwierdził, że w świetle postanowień ww. umowy nie istnieje możliwość opracowania przez Licencjobiorcę własnej technologii w całkowitym oderwaniu od informacji Licencjodawcy. Wszelkie urządzenia projektowane lub produkowane przez Licencjobiorcę są objęte ograniczeniem terytorium sprzedaży wyłącznie do obszaru Chińskiej Republiki Ludowej. Możliwe jest oferowanie licencjonowanych urządzeń na innych rynkach, ale dopiero po uzyskaniu pisemnej zgody Alstom, która zgodnie ze stanowiskiem Alstom nie została udzielona na oferowanie kotła SBW w Jaworznie. (SBW nie wystąpiło nawet z pytaniem o taką zgodę). Zdaniem zamawiającego, świadome naruszanie postanowień umowy licencyjnej przez SBW ma charakter rażący, a zatem pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami. Mechanizm uczciwej, „zdrowej” konkurencji został niewątpliwie naruszony. SBW w zamian za zobowiązanie się do ograniczenia swojej działalności do terytorium Chińskiej Republiki Ludowej uzyskało od Alstom całą jego technologię, dotyczącą licencjonowanych urządzeń. Obecnie SBW uchyla się od przestrzegania terytorialnego ograniczenia działalności i podjęło aktywność na innych rynkach, stając się podmiotem konkurencyjnym wobec licencjodawcy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 65 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez ich błędne zastosowanie.

Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż w odniesieniu do oferty Konsorcjum CNEEC wystąpiła przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp oraz wbrew twierdzeniu odwołującego braki oraz omyłki występujące w ofercie Konsorcjum CNEEC nie podlegały poprawianiu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Zamawiający wskazał, że w ofercie odwołującego zawarte są między innymi następujące oświadczenia: „Oferujemy realizację Przedmiotu Zamówienia / Przedmiotu Kontraktu zgodnie z wymaganiami podanymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i oświadczamy, że Oferta jest opracowana dla kompletnego zakresu Dostaw, Robót Budowlanych i Usług związanych z wykonaniem Przedmiotu Zamówienia / Przedmiotu Kontraktu”, „Oferujemy realizację Przedmiotu Zamówienia / Przedmiotu Kontraktu zgodnie z wymaganiami podanymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”, „Oświadczamy, że akceptujemy postanowienia Kontraktu zamieszczonego w Części III.1 SIWZ wraz z jego zmianami wynikającymi z odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego”.

Zamawiający w wyniku analizy oferty odwołującego stwierdził, iż braki oraz omyłki, jakie się w niej znajdują nie spełniają przesłanek określonych w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp, a zatem stanowią podstawę odrzucenia oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Przepis art. 87 ust. 1 Pzp mówi, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zamawiający, zwrócił się do wszystkich wykonawców (w tym odwołującego) o wyjaśnienia dotyczące treści ofert i wyjaśnienia takie otrzymał. Zdaniem zamawiającego złożone przez odwołującego oświadczenie, że „akceptuje całą treść SIWZ” nie upoważnia do przekopiowania „jednego z załączników z SIWZ do Oferty”. Zamawiający podkreślił, iż warunkiem koniecznym jest, aby niezgodność oferty ze specyfikacją miała charakter omyłki, rozumianej jako „niezamierzone działanie wykonawcy”. Zauważył, iż w świetle wyjaśnień oraz stanowiska odwołującego szereg braków oraz niezgodności oferty z siwz traktować należy jako wynik celowego działania. Zamawiający nie ma wątpliwości, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, wskazane przez niego braki i omyłki w ofercie nie mają charakteru „innych omyłek”, które mógł samodzielnie poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 65 k.c. jest całkowicie chybiony. W przekonaniu zamawiającego odwołujący nie dołożył „należytej staranności” przy opracowywaniu oferty oraz jej wyjaśnianiu, a obecnie skutkami takiego stanu rzeczy usiłuje obciążyć zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie.

Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż przyjęcie i uwzględnienie w treści oferty wyjaśnień, udzielonych przez odwołującego spowodowałyby zmianę treści złożonej oferty. Wskazał, iż zgodnie z normą zawartą w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp, wyjaśnianie treści oferty nie może być prowadzone w formie jakichkolwiek negocjacji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą. Zamawiający uważa, iż w odniesieniu do wielu występujących w ofercie odwołującego braków natury technicznej ich wyjaśnianie sprowadziłoby się w istocie do negocjacji, skutkujących wprowadzeniem istotnych zmian w treści oferty.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp, przez niezakwalifikowanie omyłek, jako pisarskie lub inne omyłki, których poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem i podtrzymuje wyrażone wyżej stanowisko, iż występujące w ofercie Konsorcjum CNEEC i wskazane przez zamawiającego niezgodności oraz braki nie mogły być zakwalifikowane jako „omyłki pisarskie” lub „inne omyłki”, których poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający uznał, iż w odniesieniu do braków występujących w ofercie przy braku możliwości ich poprawienia czy uzupełnienia, nie istotne zamieszczenie w ofercie odwołującego dodatkowego oświadczenia o zapewnieniu „(...)”, iż w przypadku wystąpienia nawet jakichkolwiek rozbieżności, zawsze pierwszeństwo zastosowania mają wymogi

określone w SIWZ (...)", gdyż oświadczenia ogólne o zgodności oferty z treścią siwz i zobowiązanie się do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w siwz nie mogą, co do zasady, sanować istotnych niezgodności oferty z treścią siwz.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert oraz zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum CNEEC.

Zamawiający oświadczył, iż wyboru oferty Konsorcjum Rafako jako najkorzystniejszej dokonał zgodnie z zasadami określonymi w ustawie Pzp oraz zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający podniósł, iż przesłanka naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie może być oceniana i rozpatrywana jedynie w aspekcie interesu podmiotu, którego sprawa dotyczy. Podnosząc ten zarzut odwołujący powinien wskazać, w jaki sposób jego interes został naruszony w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez zamawiającego naruszony. (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 53/11).

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum Rafako.

Zamawiający podkreślił, że odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania jedynie w stosunku do zarzutów, które dotyczą odrzucenia jego oferty, bowiem oferta ta, gdyby nie podlegała odrzuceniu, uzyskałaby wyższą ocenę niż oferta złożona przez Konsorcjum Rafako i zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący nie może ponieść szkody w wyniku zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Rafako. Ewentualne odrzucenie oferty Konsorcjum Rafako pozostaje bez wpływu na sytuację odwołującego.

Ponadto zarzut, iż Konsorcjum Rafako nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od tego, iż jest merytorycznie nietrafny, to jest także spóźniony. Po przeprowadzeniu oceny wniosków (także oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) zamawiający przesłał do wykonawców informację o jej wynikach, w tym o dopuszczeniu Konsorcjum Rafako do udziału w postępowaniu. Z dniem przesłania takiej informacji rozpoczął bieg terminu na zakwestionowanie tej czynności, który już upłynął.

Konsorcjum Rafako we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 29 lipca 2010 r. na str. 121 zamieściło Wykaz wykonanych zadań, zawierający wszystkie informacje wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu. W wykazie zamieszczono pięć zadań referencyjnych, w tym jedno zadanie własne (dotyczące projektu w Elektrowni Pątnów II, spełniające wymagania określone w punkcie III.2.3. ppkt. b ogłoszenia) oraz cztery zadania udostępnione - na zasadzie określonej w art. 26 ust. 2b Pzp - przez Siemens AG (zadania

spełniające wymagania określone w punkcie III.2.3. ppkt. c ogłoszenia). W ocenie zamawiającego wszystkie zadania referencyjne przedstawione przez Konsorcjum Rafako spełniają wymagania określone w ogłoszeniu. Zamawiający podkreślił, że dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczyło wykazać się należywym wykonaniem jednego zadania spełniającego wymagania ogłoszenia. Niezrozumiałe jest zatem stwierdzenie odwołującego, jakoby referencje wystawione przez Zespół Elektrowni Pątnów-Adamów-Konin nie mogły być wykorzystywane w procedurze przetargowej, bowiem Rafako S.A. była podwykonawcą, a same referencje nie zawierały „pełnego zakresu wymaganego w ogłoszeniu o zamówieniu”. Zadanie własne przedstawione przez Konsorcjum Rafako obejmuje kompletny zakres zamówienia wymagany przez zamawiającego w punkcie III.2.3. ppkt. b ogłoszenia, tj. zaprojektowanie, dostarczenie i uruchomienie, zakończone przejściem do eksploatacji 1 (jednego) kompletnego kotła o parametrach nadkrytycznych, opalanego węglem wraz z niezbędnymi układami pomocniczymi dla bloku energetycznego o mocy minimum 450 MWe brutto w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonanie zadania zostało potwierdzone listem referencyjnym wystawionym przez Inwestora - Zespół Elektrowni Pątnów-Adamów-Konin S.A. Fakt, że zadanie referencyjne zostało wykonane w charakterze konsorcjanta nie ma żadnego znaczenia, skoro sam inwestor potwierdził zakres zamówienia wykonany przez Rafako S.A. Referencje przedstawione przez Siemens AG zostały potraktowane przez zamawiającego w tej sytuacji jako dodatkowe.

W ofercie wstępnej Konsorcjum Rafako w punkcie 13 formularza „Oferta Wstępna” oświadczyło, że zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp w realizacji Przedmiotu Zamówienia/Przedmiotu Kontraktu będzie uczestniczył tzw. inny podmiot, a mianowicie Siemens AG. W Załączniku nr 16 do Kontraktu zamieszczonym w Ofercie Wstępnej, wykonawca przedłożył dokumenty potwierdzające uczestnictwo Siemens AG w realizacji przedmiotu zamówienia. Podczas negocjacji zamawiający wyjaśnił, że Konsorcjum Rafako zostało zakwalifikowane na podstawie referencji własnej, dlatego też nie musi wykazywać korzystania z potencjału Siemens AG. Referencje Siemens AG zamawiający traktuje jako dodatkowe doświadczenie w zakresie wyspy turbinowej. W ofercie Konsorcjum Rafako nie zmieniło swojej deklaracji, a jedynie wykazało sytuację zgodnie ze stanem faktycznym. Konsorcjum Rafako prawidłowo oświadczyło w punkcie 16 Formularza „Oferta”, że „nie dotyczy ich art. 26 ust. 2b Ustawy”. Jak wykazano powyżej, jest to oświadczenie w pełni prawdziwe.

Niezależnie od powyższego zamawiający wyjaśnił, że Konsorcjum Rafako - w ramach Załącznika nr 10 do Kontraktu - przedstawiło zarówno zobowiązanie Siemens AG do uczestnictwa w realizacji Przedmiotu Kontraktu (str. 1908 - 1911 oferty, tom: tajemnica przedsiębiorstwa), jak i umowę regulującą współpracę Rafako S.A. z Siemens AG (str. 1912

- 1919 oferty, tom: tajemnica przedsiębiorstwa), z której jednoznacznie wynika, że Siemens AG będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu kontraktu w zakresie wyspy turbinowej.

Zamawiający wskazał także, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w zakresie przekroczenia mocy brutto oferowanego bloku energetycznego oraz niewiarygodnie niskiej wartości potrzeb własnych bloku energetycznego oferowanego przez Konsorcjum Rafako.

Zarzut niezgodności oferty Konsorcjum CNEEC ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia

1. Brak listy stosowanych jednostek oraz listy zastosowanych symboli, tj. Załącznika do punktu 18 formularza „Oferta”

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt 2, ppkt. 4 Załącznika A2 Części II.2. siwz w pkt 3, ppkt. 5 Załącznika A2 Części II.2 siwz wykonawca zobowiązany był przedstawić w ofercie listę stosowanych jednostek oraz listę wszystkich zastosowanych symboli. Potwierdzono powyższe w odpowiedziach nr 378 i 379 na pytania wykonawców do treści siwz. Zamawiający nie jest w stanie przygotować tego załącznika za wykonawcę, bowiem to on decyduje, jakie jednostki i jakie symbole zastosuje podczas projektowania i budowy Bloku. Oświadczenie przywołane przez odwołującego (zawarte m.in. w punkcie 18 formularza „Oferta”) nie może sanować faktu, iż nie sporządził on wymaganych list. Wbrew twierdzeniom odwołującego wada ta nie nosi cech „innej omyłki”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, i że w związku z tym nie może być poprawiona w trybie przewidzianym w tym przepisie.

2. Określenie w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym (Załącznik nr 3 do Kontraktu) terminów w miesiącach od zawarcia Kontraktu, nie podając dat zakończenia Etapów Realizacji

Zgodnie z wymaganiami określonymi w Wymaganiach dotyczących Załącznika Nr 3 do Kontraktu, zawartych w Części III.2 siwz, w kolumnie 3 wykonawca zobowiązany był podać „Daty zakończenia Etapu Realizacji”. Podanie w tym dokumencie dat ma dla zamawiającego doniosłe znaczenie. W związku z ich brakiem zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy wykonawca spełni jego wymagania określone w punkcie 3.3.1. Artykułu III Kontraktu (Część III.1 siwz), powtórzone w Wymaganiach do opracowania Załącznika Nr 3 do Kontraktu zawartych w Części III.2 siwz, tiret szóste „W Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym należy uwzględnić fakt, że termin zakończenia każdego Etapu Realizacji i sporządzania Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji następuje najpóźniej do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca (patrz także punkt 3.3.1. Artykułu III Kontraktu-strony 26/172 - 27/172 Część III. 1. SIWZ).”

Harmonogram Rzeczowo-Finansowy w postaci złożonej przez Konsorcjum CNEEC nie pozwala również zamawiającemu na planowanie płatności, tj. ustalenie, w jakiej dacie

powinien on mieć przygotowane środki w odpowiedniej wysokości na zapłacenie wykonawcy wynagrodzenia przypadającego na dany Etap Realizacji. Nie pozwala też zamawiającemu na realizację uprawnień z Kontraktu. Zgodnie z punktem 18.6.2 Kontraktu zamawiający ma prawo do rozwiązania Kontraktu lub jego części w przypadku „Jeśli Wykonawca (pomimo 3 (trzy) - krotnego pisemnego upomnienia przez Zamawiającego dotyczącego tej samej przyczyny) wykonuje swoje zobowiązania wynikające z Kontraktu z istotnym naruszeniem postanowień Kontraktu, obowiązujących przepisów prawa lub właściwych decyzji administracyjnych, pozwoleń, uzgodnień i innych aktów wymaganych w związku z Realizacją Kontraktu”.

Brak w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym jakichkolwiek dat uniemożliwia także kontrolę prawidłowości przebiegu procesu inwestycyjnego. Np. zgodnie z punktem 3.3.1. akapit drugi Kontraktu (Część III.1 siwz): „O planowanym odbiorze przez Zamawiającego zakończonego przez Wykonawcę Etapu Realizacji Wykonawca powiadomi Zamawiającego w formie pisemnej w terminie co najmniej 7 (siedmiu) dni przed planowanym terminem odbioru danego Etapu Realizacji. Odbiór Etapu Realizacji powinien odbyć się nie później niż do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca”.

Zgodnie z punktem 3.3.3. Artykułu III Kontraktu zamawiający w ciągu 7 dni od dnia otrzymania Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji po zakończeniu czynności odbiorowych danego Etapu Realizacji, przeprowadzonych zgodnie z zapisami punktu 3.3.1. niniejszego Artykułu, podpisze Protokół Zakończenia Etapu Realizacji albo sporządzi pisemne oświadczenie odmawiające podpisania Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji wraz z uzasadnieniem, podając przyczyny i wymagania zamawiającego oraz specyfikując prace, których wykonanie przez wykonawcę jest niezbędne, aby Protokół Zakończenia Etapu Realizacji mógł być podpisany.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w ramach tak ogromnego i skomplikowanego pod względem technicznym przedsięwzięcia odbiór każdego Etapu Realizacji jest niezmiernie trudną i skomplikowaną czynnością dla obu stron kontraktu, w której uczestniczą m.in. inspektorzy nadzoru w poszczególnych branżach. W celu sprawnego przeprowadzenia odbioru Etapu Realizacji zamawiający musi z odpowiednim wyprzedzeniem wiedzieć, jaki zespół specjalistów na jaki termin ma przygotować.

Odwołujący przewidział aż sześć Etapów Realizacji, które będą płatne przed upływem 6 miesiąca od daty zawarcia Kontraktu. Sprzeczność z wymaganiami siwz nie budzi w takiej sytuacji żadnych wątpliwości. Z zasad płatności i fakturowania, określonych w Artykule III Kontraktu (Część III.1 siwz) oraz w przepisach ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (art. 19 pkt. 4) wynika, że nie da się rozdzielić zakończenia Etapu Realizacji od płatności za dany Etap Realizacji (płatność za Etap Realizacji będzie wymagalna najpóźniej po upływie 37 dni od daty zakończenia Etapu Realizacji).

Zamawiający podkreślił, że działanie polegające na wystawieniu faktury VAT za dany Etap Realizacji i nie wysłaniu wystawionej faktury VAT do Zamawiającego jest niezgodne z obowiązującymi w Polsce przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, która wyraźnie określa, kiedy powstaje obowiązek podatkowy. Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o VAT, obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wydania towaru lub wykonania usługi, z zastrzeżeniem ust. 2-21, art. 14 ust. 6, art. 20 i art. 21 ust. 1. W myśl art. 19 ust. 4 ustawy o VAT, jeżeli sprzedaż towaru lub wykonanie usługi powinny być potwierdzone fakturą, obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wystawienia faktury, nie później jednak niż w 7 dniu od dnia wydania towaru lub wykonania usługi. Z powyższych zapisów wynika, iż pomimo nie przesłania faktury VAT przez odwołującego, obowiązki podatkowe dla obu stron transakcji powstają i tak, najpóźniej z 7 dniem po dokonaniu odbioru. Brak dostarczenia przez odwołującego faktury VAT spowoduje duże problemy w prawidłowym rozliczaniu podatku VAT, co naraża zamawiającego na sankcje ze strony organów podatkowych.

Zamawiający podkreślił, iż błędne i niezrozumiałe jest twierdzenie odwołującego, że cyt. „dysponentem płatności jest Wykonawca (Konsorcjum CNEEC), a nie Zamawiający”. Jest to wywód całkowicie sprzeczny z zapisami siwz, jak i przytoczoną ustawą o podatku od towarów i usług. W świetle postanowień punktu 3.1.4. Artykułu III Kontraktu (Część III.1 siwz) stanowisko odwołującego oznacza, że wykonawca będzie wystawiał faktury VAT albo niezgodnie z postanowieniami Kontraktu, albo niezgodnie ze stanem faktycznym, gdyż nie otrzyma jeszcze całości zaliczki. Powyższe oznacza, że ta wada oferty nie nosi cech „innej omyłki”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, i w związku z tym nie może być poprawiona w trybie, przewidzianym w tym przepisie.

3. Nieprawidłowe określenie terminu „Zakończenie szkolenia personelu Zamawiającego”

Odwołujący w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym przewidział, że Etap Realizacji Nr 94 „Zakończenie szkolenia personelu Zamawiającego” zostanie wykonany w 34 miesiącu do zawarcia Kontraktu, natomiast „Zakończenie Ruchu Regulacyjnego” (Etap Realizacji Nr 93) zostanie wykonany w 53 miesiącu od dnia zawarcia Kontraktu.

Zgodnie z wymaganiami określonymi w punkcie 8.5. Artykułu VIII Kontraktu (Część III.1 siwz) zdanie pierwsze i drugie: „Szkolenie praktyczne (w tym na obiektach referencyjnych) będzie odbywać się sukcesywnie i zostanie przeprowadzone do czasu zakończenia Ruchu Próbnego. Częścią szkolenia praktycznego będzie udział osób wskazanych przez Zamawiającego we wszystkich fazach Rozruchu Bloku.”

Zgodnie z definicją Rozruchu (Definicja nr 33 w Kontrakcie - Część III.1 siwz) oznacza on etap rozpoczynający się w końcowej fazie montażu urządzeń i układów składających się na Blok, a kończący się przejściem Bloku do eksploatacji. Zgodnie z Definicjami Nr 34 i Nr 35 w Kontrakcie - częściami Rozruchu są Ruch Regulacyjny i Ruch Próbnny. W świetle tych

definicji i wskazanego wyżej punktu 8.5. Artykułu VIII Kontraktu - termin wykonania Etapu Realizacji „Zakończenie szkolenia personelu Zamawiającego” musi być zbieżny z terminem podpisania Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji.

Jak z powyższego wynika wykonanie Etapu Realizacji Nr 94 w 34 miesiącu od dnia zawarcia Kontraktu jest niezgodne z wymaganiami siwz. W tym przypadku nie można też mówić o omyłce, gdyż odwołujący w Załączniku Nr 6 do Kontraktu - Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu - przewidział Zakończenie szkolenia personelu zamawiającego również w 34 miesiącu od dnia zawarcia Kontraktu. Oznacza to, że wykonawca nie ujął w Cenie Kontraktu kompletnego zakresu szkoleń przewidzianego w Kontrakcie lub naruszył wymagania Kontraktu. Zgodnie z tiret siódmym Wymagań dotyczących Załącznika Nr 3 do Kontraktu zawartych w Części III.2 siwz: „Płatności będą dokonywane na podstawie faktur VAT tylko za wykonane i odebrane Dostawy, Roboty Budowlane i Usługi oraz po podpisaniu przez Zamawiającego bez zastrzeżeń stosownego Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji,” Zamawiający nie może więc dokonać odbioru tej usługi w 34 miesiącu od zawarcia Kontraktu, gdyż jest to sprzeczne z postanowieniami punktu 8.5. Artykułu VIII Kontraktu. W 34 miesiącu Realizacji Kontraktu będzie ukończona jedynie część instalacji pomocniczych Bloku. Szkolenie powinno być prowadzone w okresie Rozruchu całego Bloku i trwać do czasu zakończenia Ruchu Próbnego, co jest zgodne z wymaganiami określonymi w punkcie 8.5. Artykułu VIII Kontraktu (Część III.1 siwz). Jest to ewidentna niezgodność oferty z siwz, która nie nosi cech „innej omyłki”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

4. Brak w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu Etapów Realizacji wskazanych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym

Wykonawca w kolumnie 7 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (Załącznik nr 3 do Kontraktu) wskazał te punkty Ramowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu (Załącznik Nr 6 do Kontraktu), którym mają odpowiadać poszczególne Etapy Realizacji zamieszczone w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym. Zamawiający stwierdził w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu brak następujących Etapów Realizacji: nr 2, nr 68, nr 70, nr 91, nr 92, nr 93, nr 96, wskazanych przez wykonawcę w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym.

W odniesieniu do tych Etapów Realizacji wskazane przez wykonawcę w kolumnie 7 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego powiązania z Ramowym Harmonogramem Realizacji Kontraktu wskazują na zupełnie inne czynności, których zakres nie odpowiada pracom wykonywanym w danym Etapie Realizacji. Nie są to czynności, które „zamykają” dany Etap Realizacji. W związku z powyższym zamawiający miał podstawy przyjąć, że odwołujący nie przyjął pełnego zakresu czynności do wykonania w danym Etapie Realizacji. Brak pełnego odwzorowania pozycji Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu umożliwia wykonawcy żądanie od

zamawiającego płatności za nie zakończone Etapy Realizacji. Jest to niezgodne z wymaganiami określonymi w tiret siódmym Wymagań dotyczących Załącznika nr 3 do Kontraktu zawartych w Części III.2 siwz: „Płatności będą dokonywane na podstawie faktur VAT tylko za wykonane i odebrane Dostawy, Roboty Budowlane i Usługi oraz po podpisaniu przez Zamawiającego bez zastrzeżeń stosownego Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji.” Brak takich powiązań jest niedopuszczalną niezgodnością oferty z siwz, która nie może być poprawiona samodzielnie przez zamawiającego, bez dokonania niedozwolonych w świetle Pzp negocjacji treści złożonej oferty.

5. Nie uwzględnienie w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu przekazania wszystkich niezbędnych rodzajów dokumentacji

W Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu (Załącznik nr 6 do Kontraktu) wykonawca nie uwzględnił przekazania następujących rodzajów dokumentacji:

- (a) Projektu Wykonawczego, w tym w branży: budowlano - konstrukcyjnej i architektonicznej, technologicznej, elektrycznej i teletechnicznej, AKPiA, Nadrzędnego Systemu Automatyki Bloku (NSAB), instalacyjnej, ochrony przeciwpożarowej (punkt 6,1.4. Artykułu VI Kontraktu),
- (b) Dokumentacji jakościowej i rejestracyjnej (pkt. 6.1.6. Artykułu VI Kontraktu),
- (c) Instrukcji Rozruchu Bloku (pkt. 6.1.7.1. Artykułu VI Kontraktu),
- (d) Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (pkt. 6.1.7.2. Artykułu VI Kontraktu),
- (e) Instrukcji Eksploatacji Bloku (pkt. 6.1.7.3. Artykułu VI Kontraktu)
- (f) Wytycznych do procedury Pomiarów Gwarancyjnych (pkt. 6.1.7.4. Artykułu VI Kontraktu),
- (g) Dokumentacji dotyczącej Bloku niezbędnej do uzyskania przez Zamawiającego Pozwolenia na Użytkowanie Bloku (pkt. 6.1.8. Artykułu VI Kontraktu)
- (h) Dokumentacji Wykonawczej z naniesionymi zmianami „Red Corex” (pkt. 6.1.9. Artykułu VI Kontraktu),
- (i) Dokumentacji geodezyjnej (pkt. 6.1.10. Artykułu VI Kontraktu).

Zgodnie z tiret trzecim Wymagań dotyczących Załącznika nr 6 do Kontraktu (Część III.2 siwz) - Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu musi być spójny z punktem 6.1 w Artykule VI Kontraktu i terminy podane przez wykonawcę w opracowanym Załączniku nr 6 do Kontraktu muszą być takie same, jak w punkcie 6.1. Artykułu VI Kontraktu. Takie same wymagania zawarto w „Uwadze do Wykonawcy” zamieszczonej przed Artykułem VI Kontraktu (Część III.1 siwz): „Przygotowując Załącznik nr 6 do Kontraktu Wykonawca powinien pamiętać, aby Załącznik nr 6 do Kontraktu był spójny z punktem 5.2. Artykułu V Kontraktu i z punktem 6.1. w Artykule VI Kontraktu i aby terminy podane przez Wykonawcę w Załączniku nr 6 do Kontraktu były takie same, jak poniżej w punkcie 6.1. Artykułu VI Kontraktu oraz w punkcie 5.2. Artykułu V Kontraktu.”

Zamawiający w siwz bardzo precyzyjnie określił wymagania do sporządzenia Załącznika nr 6 do Kontraktu. Zamawiający stwierdził, że nie jest w stanie samodzielnie

wstawić do Ramowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu wymaganych pozycji dotyczących przekazywania poszczególnych rodzajów dokumentacji wykonawcy. Czynność ta nie mogłaby być uznana za poprawianie „innej omyłki” w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

6. Nie uwzględnienie w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu terminów podania / udostępnienia mediów

W Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu (Załącznik nr 6 do Kontraktu) wykonawca nie uwzględnił terminów podania/udostępnienia mediów. Zgodnie z tiret czwartym Wymagań dotyczących Załącznika nr 6 do Kontraktu (Część III.2 siwz) - Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu musi uwzględniać terminy podania/udostępnienia mediów przez zamawiającego w związku z zapisami punktów 11.5.4., 11.6.4 Artykułu XI Kontraktu (Część III.1 siwz) oraz punktów 12.1.4 i 12.4 Artykułu XII Kontraktu (Część III.1 siwz) (treść zapisu skorygowana odpowiedzią nr 394 na pytania wykonawców do treści siwz).

Realizacja przedsięwzięcia obejmuje, oprócz prac objętych przedmiotem zamówienia, również realizację szeregu instalacji pomocniczych (związanych bezpośrednio z budową nowego Bloku, a których realizacja jest w gestii zamawiającego), a celem których jest zapewnienie dostawy paliw, surowców i mediów do produkcji energii elektrycznej oraz odbioru odpadów paleniskowych i ścieków wytwarzanych przez nowy Blok. Budowa przez zamawiającego instalacji pomocniczych musi być skorelowana (pod względem terminów realizacji) z budową obiektów/instalacji Bloku, ponieważ z nich zasilane będą w paliwa, media, energię elektryczną itp. instalacje technologiczne Bloku. Stąd wymóg, aby Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu zawierał wymagane przez wykonawcę terminy podania/udostępnienia mediów przez zamawiającego. Chodzi tu zarówno o media potrzebne do rozpoczęcia budowy (jak energia elektryczna i woda), jak również o media, paliwa i energię elektryczną potrzebne w fazie Rozruchu, w tym Ruchu Regulacyjnego i Ruchu Próbnego i przekazania/przejęcia Bloku do eksploatacji.

Wykaz mediów potrzebnych do eksploatacji Bloku odwołujący podał w punkcie 2.1.5. Załącznika A6 (strona 181 oferty) i dla tych mediów, których dostawa jest w gestii zamawiającego, powinien określić w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu wymagane terminy podania/udostępnienia ich przez zamawiającego. Informacja ta jest niezbędna, ponieważ dla szeregu mediów (np. sorbent, olej rozpałkowy itp.) wymagane jest wykonanie instalacji przez zamawiającego. Wybór wykonawców tych instalacji musi odbyć się zgodnie z Prawem zamówień publicznych, w związku z czym realizacja tych zadań inwestycyjnych wraz z rozruchem tych instalacji wiąże się z koniecznością odpowiednio wczesnego ich przygotowania. Realizacja tych zadań wymaga często wejścia na Teren Budowy i dlatego wymaga precyzyjnej koordynacji. Brak terminów podania mediów w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu uniemożliwia zamawiającemu prawidłową

koordynację Projektu i stwarza ryzyko opóźnień i dodatkowych kosztów dla Projektu.

Ponadto zdaniem zamawiającego brak terminów podania mediów w ofercie stwarza uprzywilejowaną pozycję negocjacyjną wykonawcy w stosunku do zamawiającego przy uzgadnianiu terminów wejścia na teren budowy wykonawców instalacji dostarczających media. Zamawiający zwraca uwagę, że w takich okolicznościach odwołujący może sterować terminami Realizacji Kontraktu, usiłując zmienić te terminy na podstawie art. 5.5.7 Artykułu V Kontraktu (Część III.1 siwz).

W związku z faktem, iż podczas montażu Bloku zamawiający dostarcza na swój koszt takie media jak energia elektryczna i woda niezbędne jest, aby odpowiednio wcześniej otrzymał od wykonawcy zapotrzebowanie na energię elektryczną i wodę. Zgodnie z wymaganiami punktu 11.5.4 Artykułu XI Kontraktu (strony 71-72/172 Część III-I siwz) - wykonawca w terminie 2 (dwóch) miesięcy przed przekazaniem przez zamawiającego terenu budowy poda zamawiającemu zapotrzebowanie na media.

Zamawiający wskazał, że podobnie jak w przypadkach wskazanych wyżej niemożliwe jest uzupełnienie tych braków przez zamawiającego. W świetle powyższego zdecydowanie nie trafna jest opinia odwołującego, że braki te powinny zostać potraktowane jako „inna nieistotna omyłka, podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp”. Jedynie wykonawca może określić, kiedy będzie potrzebować dostawy danego medium i jakie jest na niego zapotrzebowanie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odniósł się również do zarzutów objętych zastrzeżeniem, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego oraz złożone do akt sprawy opinie prawne i techniczne.

Izba nie uwzględniła załączników do protokołu, złożonych do akt sprawy, których odpisy nie zostały przekazane stronom przeciwnym.

Izba nie uwzględniła również wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności, które zostały objęte przez odwołującego Konsorcjum CNEEC zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba uznała, że rozpoznanie zarzutu, którego ww. wniosek dotyczył nie wymagało wiadomości specjalnych i służyłoby jedynie przewlekłości postępowania.

Izba stwierdziła, iż obaj odwołujący się, wykazali spełnienie przesłanek, określonych w art. 179 ust. 1 Pzp uprawniających do wniesienia odwołania. W przypadku jednak odwołania wniesionego przez Konsorcjum CNEEC (sygn. akt KIO 244/13) Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał legitymacji materialno-prawnej do wniesienia odwołania w zakresie zarzutów podniesionych wobec oferty złożonej przez Konsorcjum Rafako, tj. wobec oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy (lub uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi), który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniósł lub może ponieść szkodę, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi (wykonawcy), który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Pierwsza z ww. przesłanek wskazująca, że legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy tylko takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, jest spełniona, jeżeli odwołujący wykaże, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony prawnej. Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis art. 179 ust. 1 Pzp wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Zauważyć należy, iż utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej. Jednocześnie, szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek, koniecznych dla uzyskania legitymacji do wniesienia odwołania, tj. nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia oraz faktu poniesienia szkody lub też możliwości jej poniesienia wraz z okolicznością, że szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu w odniesieniu do zaniechania przez zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Rafako oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Rafako. Izba zważyła, że gdyby oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, to ze względu na najwyższą ocenę punktową w ramach kryteriów oceny ustalonych w postępowaniu przez zamawiającego, którą by uzyskał, odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia. Zatem wyłącznie uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących czynności odrzucenia oferty odwołującego powodowałoby, że oferta ta podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, co materializuje interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Ocena oferty Konsorcjum Rafako nie ma żadnego wpływu na sytuację odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. W tych okolicznościach odwołujący nie wykazał także, że może ponieść szkodę w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, w wyniku zaniechania wykluczenia Konsorcjum Rafako i zaniechania odrzucenia oferty przystępującego.

Ponieważ odwołujący nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek, wynikających z art. 179 ust. 1 Pzp w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 26 ust. 3 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, kierowanych wobec Konsorcjum Rafako, uzasadnione i konieczne stało się oddalenie odwołania w odniesieniu do zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Konsorcjum Rafako lub zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę.

Izba uznała za skuteczne przystąpienia w sprawie o sygn. akt KIO 1878/12 oraz w sprawach o sygn. akt KIO 1866/12 i KIO 1878/12 po stronie zamawiającego. Izba nie uwzględniła opozycji zgłoszonej przez odwołującego Konsorcjum CNEEC wobec przystąpienia Konsorcjum Alstom do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 244/13 po stronie zamawiającego. Izba uznała, że Konsorcjum Alstom wykazało interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego, w sytuacji gdy jeden z zarzutów odwołania dotyczy uznania przez zamawiającego, że złożenie oferty przez Konsorcjum CNEEC stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, na skutek zaoferowania elementu przedmiotu zamówienia, która to czynność stanowi naruszenie umowy licencyjnej zawartej przez jednego z członków Konsorcjum (Alstom Power Systems GmbH). Interes w rozumieniu art. 185 ust. 2 Pzp należy interpretować szeroko, a w związku z tym z pewnością spełnieniem przesłanki w przystąpieniu jest interes ekonomiczny, handlowy itp. związany z działalnością gospodarczą wykonawcy.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniach.

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, w którym, zgodnie z opisem zawartym w pkt 4 Instrukcji dla wykonawców (Część I siwz), przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, dostawy, montaż, rozruch i przekazanie do eksploatacji bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne wraz z instalacjami i obiektami przynależnymi w Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie. Szczegółowe dane techniczne bloku energetycznego stanowiące wymagania zamawiającego zamieszczone zostały w Części II i Części III siwz. W tych częściach specyfikacji został przedstawiony szczegółowy zakres i opis przedmiotu zamówienia oraz warunki jego wykonania.

W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi także szkolenie personelu zamawiającego, a także usługi w okresie gwarancji oraz odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości i rękojmi za wady.

Z punktu widzenia złożoności przedmiotu zamówienia istotne znaczenie ma również fakt, że równoległe z wykonywaniem przedmiotu zamówienia realizowane będą przez zamawiającego roboty związane z budową instalacji pomocniczych Bloku i inwestycji towarzyszących.

KIO 237/13

1. Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią siwz oraz alternatywnie w odniesieniu do wskazanych w odwołaniu zarzutów - naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp.

Izba uznała zarzut powyższy za niezasadny. W ocenie Izby, okoliczności podane przez zamawiającego, jako podstawa odrzucenia oferty odwołującego nie stanowią wyłącznie niezgodności formalnych treści oferty z treścią siwz, które nie mogą skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że na etapie oceny ofert, jak to ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu, wykonawcy nie mogą kwestionować treści i zasadności wymagań postawionych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczących sposobu przygotowania oferty lub wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Powyższe zarzuty są spóźnione w świetle art. 182 ust. 3 pt 1 Pzp. Ponadto, powoływanie się przez wykonawcę na niejasności treści postanowień specyfikacji

istotnych warunków zamówienia w postępowaniu, które jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem, może budzić wątpliwości. W trybie negocjacji z ogłoszeniem specyfikacja istotnych warunków zamówienia powstała w wyniku długotrwałych negocjacji zamawiającego z wykonawcami. W trakcie prowadzonych negocjacji warunki siwz były omawiane i dyskutowane przez strony, co oznacza, że na tym etapie de facto treść wymagań siwz podlegała formułowaniu, wyjaśnianiu i precyzowaniu, a zatem w ocenie Izby nie powinna powodować tak zasadniczych wątpliwości interpretacyjnych. Jak wynika z treści siwz – Instrukcja dla wykonawców (pkt 2 wprowadzenie) „Podczas Negocjacji omawiane były wymagania techniczne i jakościowe dotyczące wykonania Przedmiotu Zamówienia oraz postanowienia przyszłego Kontraktu. Negocjacje miały na celu doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu Przedmiotu Zamówienia oraz warunków przyszłego Kontraktu. Podstawą do Negocjacji były wymagania SIWZ przesłanej Wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania Ofert Wstępnych i uwagi Wykonawców dotyczące Przedmiotu Zamówienia/ Przedmiotu Kontraktu i Kontraktu zawarte w Ofertach Wstępnych złożonych przez Wykonawców. W wyniku Negocjacji - Zamawiający doprecyzował i uzupełnił SIWZ (wraz z Kontraktem) zgodnie z art. 58 i art. 59 Ustawy i obecnie ta SIWZ jest przesyłana wszystkim Wykonawcom biorącym udział w Negocjacjach jako Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia będąca podstawą do złożenia Ofert na wykonanie Przedmiotu Zamówienia / Przedmiotu Kontraktu”.

Jak podkreślił również na rozprawie zamawiający, w trakcie prowadzonych negocjacji wykonawcy mogli zgłaszać do zamawiającego swoje uwagi i odstępstwa, a także przede wszystkim zwracać się o wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących wymagań zamawiającego, jeśli użyte przez zamawiającego w siwz sformułowania budziły wątpliwości. W związku z powyższym argumentacja przedstawiona przez wykonawców, co do niejasności treści siwz i obowiązku interpretacji wszelkich niejasności na korzyść wykonawcy, nie może być przyjmowana wprost i dlatego podlegała szczególnej analizie, dokonanej przez Izbę. Ponadto w ocenie Izby, powołując się w powyższych okolicznościach na niejasności treści siwz, wykonawca powinien wykazać, że dochował należytej staranności w celu wyjaśnienia wymagań, które zostały sformułowane przez zamawiającego z udziałem wykonawców.

Izba, rozpoznając zarzuty w zakresie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wzięła także pod uwagę okoliczności dotyczące znacznego zakresu i złożoności przedmiotu zamówienia, zarówno pod względem technicznym, jak i w szczególności - logistycznym. Zakres projektowanej inwestycji obejmuje budowę nowego bloku (kotłownia z kompletnym kotłem z instalacjami towarzyszącymi, w tym instalacją odsiarczania spalin; maszynownia z kompletnym turbozespołem i z kompletem instalacji towarzyszących, w tym m.in. rurociągami pary, wody zasilającej, kondensatu, oleju turbinowego, wody chłodzącej) ze wszystkimi robotami budowlano-montażowymi,

dostawami, dokumentacją i usługami niezbędnymi do jego uruchomienia i oddania do eksploatacji. Projektowana inwestycja obejmuje również wykonanie szeregu prac i obiektów niezbędnych do połączenia nowego bloku z dotychczasową oraz nową infrastrukturą Elektrowni. W ocenie Izby, powyższe okoliczności uzasadniają w sposób oczywisty wysokie wymagania zamawiającego, kierowane w tym postępowaniu do wykonawców, co przekłada się wprost na poziom wymagań dotyczących samych wykonawców, a także wymagań co do treści i sposobu przygotowania ofert. Niewątpliwie, z uwagi na charakter i zakres przedmiotu zamówienia, w przedmiotowym postępowaniu przygotowanie oferty wymagało znacznych nakładów pracy, szczególnej uwagi i dochowania należytej staranności ze strony wykonawców.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

1.1 Zarzut dotyczący braku złożenia w ofercie listy stosowanych jednostek i zastosowanych symboli.

Izba uznała, że wymaganie zawarte w siwz w tym zakresie ma charakter co najwyżej porządkujący i niezłożenie takiego załącznika nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Załącznik A2 Część II.2 siwz zawiera „Skróty, oznaczenia, jednostki i symbole”, których stosowanie zamawiający dopuścił dla przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Załącznik ten został opracowany przez zamawiającego. Odwołujący zaakceptował treść tego dokumentu w ramach oświadczeń, złożonych w formularzu oferty dotyczących akceptacji warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia i Kontraktu. Zatem należy uznać, że wobec braku przedłożenia przez wykonawcę odrębnego wykazu w ofercie, obowiązujący jest wykaz jednostek i symboli podanych przez zamawiającego w Załączniku nr A2 w dokumentacji postępowania. Izba uznał, że brak ten nie stanowi merytorycznej niezgodności treści oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym nie powoduje odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba zwraca uwagę, że jednostki i symbole zastosowane przez wykonawcę w ofercie są w niej zawarte, a wobec tego wypełnienie obowiązku zebrania tych danych w jedną listę może nastąpić w ramach wyjaśnień wykonawcy, ponieważ takie wyjaśnienia nie będą stanowiły nowej treści oferty w stosunku do treści złożonej oferty, w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp.

1.2 Zarzut dotyczący sporządzenia Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego (HRF) w %, a nie w PLN, które to wartości procentowe dodatkowo nie sumują się na 100%, a jedynie na 99,972%.

W wymaganiach dotyczących sporządzenia Załącznika nr 3 do kontraktu (Harmonogram Rzeczowo-Finansowy), zawartych w Części III.2 siwz zamawiający postanowił, że „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy w Ofercie musi pokazywać Etapy

Realizacji netto w PLN na 100% (sto procent)”. Ponadto w Artykule III Kontraktu „Terminy i warunki płatności” w pkt 3.3 wskazano, że „Należne na rzecz Wykonawcy płatności za wykonane i odebrane części Przedmiotu Kontraktu będą realizowane zgodnie z obowiązującymi w Polsce w tym zakresie przepisami na podstawie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do Kontraktu”

Powyższe postanowienia zawarte w specyfikacji nie pozostawiają żadnych wątpliwości, że w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym należało podać wartości etapów realizacji w PLN. Odwołujący nie kwestionował tego wymagania i nie podważał faktu, że w złożonym harmonogramie nie podał wartości w PLN, natomiast podał wartości procentowe, jak wyjaśnił - w stosunku do ceny za cały przedmiot zamówienia.

Oceniając powyższą niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uznała, że jest to niezgodność istotna. Izba zważyła przy tym, że zamawiający nie ma możliwości samodzielnego poprawienia treści Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego w powyższym zakresie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. nie ma możliwości samodzielnego obliczenia i wyrażenia wartości poszczególnych etapów w PLN, tak aby po zsumowaniu dawały one łączną kwotę, odpowiadającą wysokości ceny oferty (netto). Podjęta w tym zakresie przez zamawiającego próba samodzielnego dokonania obliczeń prowadzi do wniosku, że doprowadzenie treści oferty do zgodności z siwz w omawianym zakresie wymaga udziału wykonawcy w czynności dokonania niezbędnej korekty podanych wartości procentowych. Jak wynika z przykładów przedstawionych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, samodzielnie obliczone przez zamawiającego wartości w PLN, w oparciu o wartości procentowe wskazane w HRF, dla przykładowych tylko 4 etapów zawartych w HRF, pozostaje w istotnej rozbieżności w stosunku do wartości podanych w PLN przez wykonawcę w formularzu ofertowym dla tych 4 pozycji.

Ponadto, przeliczenie wprost podanych wartości procentowych w stosunku do ceny oferty (netto), po ich zsumowaniu nie daje kwoty, wskazanej jako cena całkowita oferty (netto). Po pierwsze - z tego powodu, że wartości procentowe podane HRF nie sumują się na 100%. Pomimo faktu, że odwołujący przedłożył HRF w pliku elektronicznym, załączonym do oferty, zamawiający jest zobowiązany w oparciu o postanowienia siwz (Część I siwz - IDW) przyjąć jego treść w brzmieniu identycznym z treścią HRF złożonego w formie pisemnej. Zgodnie z brzmieniem pkt 13.3.3.8 IDW oryginał i kopie oferty muszą być identyczne co do treści; poszczególne dokumenty w oryginale i w kopiach oferty muszą być jednakowo ułożone, a ich ułożenie widocznie oznakowane (np. przekładki). Jeżeli zostaną zauważone różnice między oryginałem i kopią, nadrzędny będzie oryginał. Wobec powyższego, zamawiający nie może opierać się na treści wykraczającej poza treść oryginału oferty, aby dokonać ewentualnej korekty wartości procentowych podanych w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z uwagi na powyższe stwierdzona niezgodność treści

oferty w omawianym zakresie nie może podlegać poprawie, jako inna omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, gdyż oferta nie zawiera informacji, które pozwoliłyby zamawiającemu na dokonanie poprawy bez uzyskania dodatkowych, istotnych z punktu widzenia merytorycznej treści oferty, informacji.

1.3 Zarzut dotyczący braku wskazania w HRF etapów bezwzględnie wymaganych przez zamawiającego (pkt 3, 4 i 5 Załącznik nr 1 zawiadomienia)

Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wymagania dotyczące Załącznika nr 3 do Kontraktu – Część III.2 siwz), zamawiający określił wymagane (obowiązkowe) kluczowe etapy Realizacji Kontraktu. Listę tych etapów wykonawcy mogli poszerzyć do 100 etapów, dodając do listy etapów obowiązkowych - etapy dowolne. Wśród etapów obowiązkowych zamawiający wskazał etapy: „Dostawa generatora”, „Zakończenie montażu turbozespołu” i „Zakończenie montażu IOS”. (pkt 7,12, 13 ww. wymagań).

Izba uznała, że wskazane przez odwołującego pozycje harmonogramu (nr 26 „generator FOB”, nr 29 „LP turbiny FOB”, nr 39 „zakończenie montażu mechanicznego turbozespołu” i nr 40 „zakończenie montażu mechanicznego IOS”) nie odpowiadają etapom wymagany. Izba stwierdziła brak wskazania w HRF etapów wymaganych (obowiązkowych), który ze swej istoty nie może podlegać uszczegółowieniu lub doprecyzowaniu.

W szczególności Izba nie uwzględniła, jako zasadnych, zastrzeżeń odwołującego, dotyczących nieokreślenia w siwz pojęcia „montaż”. W ocenie Izby, profesjonalista w danej branży bez trudu odróżni pojęcie montażu mechanicznego i montażu, zważywszy, że nawet w oparciu o doświadczenie życiowe można stwierdzić, że „montaż mechaniczny” oznacza wyłącznie „połączenie” elementów składowych urządzenia, natomiast „montaż”, jako taki, oznacza „przygotowanie urządzenia do prawidłowej pracy”.

Izba uznała również, że odwołujący nie wykazał w toku postępowania, że brakujące etapy zostały „uwzględnione” w HRF, nawet gdyby przyjąć wbrew wymaganiom siwz, że nie musiały być literalnie wyrażone w harmonogramie. Odwołujący nie wykazał, w których pozycjach harmonogramu zostały one uwzględnione.

Podkreślić też należy, że etapy powyższe podlegały wycenie, a tym samym stanowiły podstawę do rozliczenia wykonanych prac w ramach Kontraktu, co świadczy o ich istotnym znaczeniu z punktu widzenia treści oferty. Z tego też względu, Izba zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego, że poprawa treści oferty w powyższym zakresie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie jest możliwa, ponieważ zamawiający nie może dokonać samodzielnie wyceny tych etapów, bez uzyskania stosownych informacji od wykonawcy.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezgodności z wymaganiami siwz zaofiarowanych warunków dostawy generatora i dostawy turbiny, Izba uznała, że zarzut nie

jest uzasadniony. W ocenie Izby, skoro zamawiający w sposób jednoznaczny określił w pkt 9.1 Artykułu IX Kontraktu (Część III.1 siwz) warunki dostawy generatora i turbiny jako DDP według INCOTERMS 2010, a także w pkt 20.3 IDW postanowił, że „Cenę Ofertową netto dla Dostaw importowanych do Polski należy skalkulować na bazie formuły handlowej DDP (Delivered Duty Paid) według INCOTERMS 2010; miejsce przeznaczenia: Teren Budowy w Tauron Wytwarzanie S.A., Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie, ul. Energetyków 15, 43-603 Jaworzno, Polska”, to zaoferowanie dostawy na warunkach FOB w sposób niebudzący wątpliwości, jest sprzeczne z wymaganiami zamawiającego. Poprawa tej niezgodności musiałaby prowadzić do istotnej zmiany treści oferty, poprzez złożenie przez wykonawcę całkowicie odmiennego oświadczenia, zmieniającego treść złożonej oferty.

1.4 W odniesieniu do zarzutów dotyczących podania w formularzu oferty różnych wartości za te same trzy etapy Realizacji, w porównaniu do wartości tych etapów określonych w HRF (pkt 6, 7, 8 Załącznika nr do zawiadomienia), Izba uznała, że są to istotne niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz, a wobec tego zarzut należało uznać za niezasadny.

Podanie w formularzu oferty (pkt 2.1.3) innej wartości za „zakończenie szkolenia personelu Zamawiającego” (kwota 4 152 776,00 PLN), niż wartość podana za ten sam etap w HRF (poz.47), wskazana przez odwołującego jako 0,152% Ceny Kontraktu (netto), co stanowi kwotę 7 298 882,98 PLN, różni się w sposób istotny wysokością. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku etapu: „dostawy Specjalistycznych urządzeń, przyrządów i narzędzi dla prowadzenia eksploatacji, wykonywania napraw i remontów urządzeń będących w zakresie Bloku i Części szybkozużywających się na Okres Gwarancji wyszczególnionych w Załączniku nr 7 do Kontraktu (Część A i B)” (pkt 2 formularza oferty i poz. 48 HRF) oraz „Udzielenie niewyłącznych licencji lub sublicencji na czas nieoznaczony, w tym niewyłącznych licencji lub sublicencji na czas nieoznaczony do Dokumentacji Wykonawcy i przekazanie praw zależnych do projektów wykonanych dla Zamawiającego” (pkt 2.11 formularza oferty i poz. 50 HRF).

Izba zważyła, że zamawiający nie może przenieść kwot z formularza oferty do HRF, gdyż w efekcie tej czynności skorygowany musiałby zostać cały Harmonogram Rzeczowo-Finansowy w zakresie wartości poszczególnych etapów, tak aby ich suma stanowiła wartość ceny oferty (netto). Powyższe prowadziłyby do istotnej zmiany treści oferty, gdyż wymagałoby to udziału ze strony wykonawcy i jego decyzji odnośnie zmniejszenia odpowiednio wartości niektórych pozycji, a zwiększenia wartości innych. Zamawiający nie jest uprawniony do dokonania takich zmian w ofercie wykonawcy.

1.5 Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący braku w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu wskazania etapów wykonania i przekazania dokumentacji (poz.9 Załącznika nr do zawiadomienia).

Izba uznała, że postanowienia siwz w powyższym zakresie są precyzyjne. Zgodnie z wymaganiami do sporządzenia Załącznika nr 6 (Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu), należało zachować spójność RHRK z pkt 6.1 w Art. VI Kontraktu (Część III.2 siwz), a terminy podane przez wykonawcę musiały być takie same, jak w tym punkcie. Identyczne wymaganie zostało zawarte w Części III.1 siwz, w uwadze do wykonawców, zawartej przed Art. VI Kontraktu.

W ofercie odwołującego w RHRK nie zostały zawarte etapy wykonania i przekazania dokumentacji, o których mowa w pkt 6.1.6, 6.1.7.1, 6.1.7.2, 6.1.7.3, 6.1.7.4, 6.1.7.8, 6.1.9, 6.1.10 Artykułu VI Kontraktu).

Izba uznała, że wbrew twierdzeniom odwołującego, zapisy w Art. VI nie są wystarczające i nie mogą zastępować braku w ofercie oświadczenia wykonawcy, co do terminów wykonania i przekazania zamawiającemu wskazanych dokumentacji. Zamawiający, określając w siwz granice wymaganych terminów, pozostawił jednak wykonawcy obowiązek ścisłego ich określenia. Izba zważyła także, że szczegółowego określenia przez wykonawcę terminów jak wyżej, a tym samym szczegółowego oświadczenia wykonawcy nie można zastąpić ogólnym oświadczeniem o dochowaniu terminów określonych w Art. V i VI Kontraktu (terminów ramowych).

Podkreślić należy, że zamawiający nie może uzupełnić RHRK o brakujące etapy i terminy realizacji, gdyż nie ma możliwości samodzielnego określenia terminów dla poszczególnych dokumentacji, w szczególności, w sytuacji gdy dokumentacja ma być wykonywana sukcesywnie. W tym zakresie dokonanie poprawy – uzupełnienie treści oferty – wymagałoby uzgodnień z wykonawcą. Na skutek tego nie jest możliwe skorzystanie z trybu, określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, uprawniającego zamawiającego do dokonania poprawy treści oferty.

1.6 Zarzut dotyczący braku złożenia w ofercie oświadczenia o akceptacji wymagań dla Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu (pkt 10 Załącznika nr 1 do Zawiadomienia) w ocenie Izby zasługuje na uwzględnienie. Żądanie odnośnie złożenia przez wykonawców ww. oświadczenia zostało zawarte w wymaganiach dotyczących Załącznika nr 6 do Kontraktu, tj. Ramowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu (Część III.2 siwz). Do RHRK należało załączyć oświadczenie potwierdzające wymagania zamawiającego, dotyczące warunków opracowania Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Kontraktu, określonych przez zamawiającego w ww. dokumencie (wzorzec).

Izba zważyła, że brak ww. oświadczenia nie stanowi niezgodności merytorycznej treści oferty z siwz. Oświadczenie powyższe zawiera wyłącznie treść określoną przez zamawiającego. Jego złożenie nie wymagało podania przez wykonawcę (zaoferowania) jakichkolwiek warunków, które miałby on określić. Oświadczenie służyło potwierdzeniu

warunków ustalonych przez zamawiającego. W tych okolicznościach Izba uznała, że niezłożenie tego oświadczenia nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią siwz, biorąc pod uwagę, że wykonawca w ofercie zaakceptował warunki Kontraktu, do którego załącznikiem jest ww. oświadczenie, poprzez złożenie oświadczeń ogólnych w formularzu ofertowym. Zamawiający jest uprawniony, w przypadku ewentualnych wątpliwości, do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp we wskazanym zakresie. Izba uznała, że brak dodatkowego oświadczenia o akceptacji treści wymagań dla sporządzenia załącznika do Kontraktu nie stanowi niezgodności merytorycznej treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

1.7 Zarzut, dotyczący braku złożenia w ofercie oświadczenia, że przedmiot zamówienia będzie realizowany zgodnie z systemem zarządzania jakością został uwzględniony przez zamawiającego. Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający przyznał okoliczności podniesione przez odwołującego w ramach tego zarzutu. W szczególności zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymał swoje stanowisko na rozprawie, że wykonawca powinien być wezwany do uzupełnienia powyższego oświadczenia w przypadku, gdyby oferta nie podlegała odrzuceniu z innych przyczyn.

1.8 Zarzuty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przez Konsorcjum SNC, dotyczące odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzuty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w ocenie Izby nie potwierdziły się. Izba uznała, że złożona przez odwołującego oferta nie zawiera wymaganych informacji, wskazanych przez zamawiającego, jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które to informacje miały na celu wykazanie spełnienia wymagań technicznych przez zaoferowany przez odwołującego przedmiot zamówienia. Podstawy do odrzucenia oferty w części stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum SNC zamawiający podał w Załączniku nr 2 do zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Informacja ta nie była ujawniona przez zamawiającego.

W ocenie Izby powyższe niezgodności, stwierdzone przez zamawiającego, nie stanowią jedynie niezgodności formalnych, co twierdził odwołujący. Zakres wymaganych przez zamawiającego informacji znajduje potwierdzenie w treści specyfikacji. Treść tych wymagań zdaniem Izby powinna być zrozumiała dla wykonawcy, działającego jako profesjonalista w danej branży. Zrozumiałe też powinno być znaczenie braku złożenia wymaganych informacji w ofercie.

Izba uznała, że w powyższym zakresie odwołujący nie dochował należytej staranności w opracowaniu oferty. W toku rozprawy zamawiający wykazał istotne braki w ofercie odwołującego, które nie podlegają uzupełnieniu ani poprawie w trybie art. 87 ust. 2

pkt 3 Pzp. Izba wzięła przy tym pod uwagę wszystkie dowody złożone przez strony, na poparcie wskazywanych przez nie okoliczności.

Podsumowując zarzuty dotyczące czynności odrzucenia oferty odwołującego, Izba stwierdziła, że oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pomimo, że część zarzutów potwierdziło się. Zauważyć należy, że okoliczność, iż trzy zarzuty spośród zarzutów podniesionych w odwołaniu zostały uznane za zasadne, nie ma wpływu na ostateczną ocenę oferty odwołującego, jako podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż pozostałe okoliczności, wskazane przez zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego zostały uznane przez Izbę za zasadne.

2. Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia z postępowania Konsorcjum Rafako.

Zamawiający wymagał, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wniesienia przez wykonawców wadium na warunkach opisanych w punkcie 18 Części I siwz. Przed upływem terminu składania ofert wykonawcy byli zobowiązani wnieść wadium w sposób podany w punkcie 18.3. i punkcie 18.4. Części I siwz.

Kwestie dotyczące wnoszenia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego regulują przepisy art. 45 i art. 46 Pzp. Zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub pełnomocnictw, chyba że wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Przedmiotem sporu w ramach tego zarzutu jest interpretacja, w świetle przepisów ustawy Pzp, fragmentu treści gwarancji, zgodnie z którą zamawiający (Beneficjent gwarancji) został zobowiązany do zwrotu oryginału dokumentu gwarancji bez odrębnych wniosków „niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej innego podmiotu niż Wykonawca lub unieważnieniu postępowania”. W szczególności odwołujący podnosił, że powyższy zapis w gwarancji bankowej (wadialnej) nie umożliwia zamawiającemu zatrzymania wadium w przypadku unieważnienia postępowania w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a Pzp. Uprawnienie powyższe, zdaniem odwołującego, potwierdza także treść art. 46 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający zwraca wadium wykonawcom, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania, z zastrzeżeniem ust. 4a.

Konsorcjum Rafako wniosło wadium w przedmiotowym postępowaniu w formie gwarancji bankowej, której udzielił bank PKO BP S.A. Dokument został wystawiony w dniu 21 września 2012 r.

W oparciu o treść ww. gwarancji Izba stwierdziła, że złożona przez Konsorcjum Rafako gwarancja bankowa (wadialna) spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przepisów ustawy Pzp. Treść dokumentu gwarancji potwierdza, że obejmuje ona wszystkie przypadki zatrzymania wadium określone w przepisach ustawy Pzp i specyfikacji, w której zamawiający przywołał treść obowiązujących w tym zakresie przepisów.

Dokument gwarancji bankowej wadialnej musi określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego gwarancja taka musi obejmować wszystkie przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium - wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp. Jak wynika z treści dokumentu gwarancji złożonej przez Konsorcjum Rafako (pkt 2, str. 1 gwarancji), Bank zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłaty kwoty wadium w przypadku zajścia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp. Tym samym, w przypadku ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a, zamawiający ma prawo dochodzenia od banku-gwaranta wypłaty kwoty wadium. Przewidziany w treści gwarancji zwrot dokumentu gwarancji „niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania” nie wyłącza i nie ogranicza prawa zamawiającego do zatrzymania wadium, w szczególności w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a Pzp. Zauważyć należy, że czynność badania ofert (spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu) przez zamawiającego, a tym samym możliwość stwierdzenia ziszczenia się ww. przesłanek z art. 46 ust. 4a, poprzedza czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Ziszczenie się zatem przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp musi nastąpić przed czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej lub też przed czynnością unieważnienia postępowania. Realizacja praw z gwarancji z tego tytułu spowoduje, że zwrot dokumentu gwarancji, o którym mowa w kwestionowanym przez odwołującego postanowieniu gwarancji, stanie się bezprzedmiotowy. Nie ma uzasadnionych podstaw by twierdzić, że zamawiający w takim przypadku w pierwszej kolejności unieważnia postępowanie, a dopiero w dalszej kolejności zatrzymuje wadium w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp. Czynność unieważnienia postępowania jest ze swej natury ostatnią czynnością zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić też należy, że określenie „niezwłocznie” oznacza „bez zbędnej zwłoki” w danych obiektywnych warunkach i w danej konkretnej sytuacji. Oznacza to, że przed zwrotem dokumentu (oryginału) gwarancji na skutek wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania, zamawiający

w warunkach, określonych w art. 46 ust. 4a, na mocy omawianego dokumentu gwarancji, jest uprawniony do skorzystania z gwarancji w pierwszej kolejności.

Uwzględniając powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia art. 91 ust 1 Pzp na skutek odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji - w wyniku wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Rafako, jako najkorzystniejszej.

W tych okolicznościach odwołanie podlegało oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp. Izba zważyła, że stosownie do treści art. 192 ust. 2 Pzp odwołanie podlega uwzględnieniu jedynie wówczas, gdy stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Pomimo, że nie wszystkie okoliczności podane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego potwierdziły się jako zasadne, oferta odwołującego podlega odrzuceniu, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stwierdzone przez Izbę naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w odniesieniu do części zarzutów w powyższym zakresie nie ma wpływu na ocenę oferty odwołującego, jako podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym samym nie ma to wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp, wobec czego odwołanie nie podlegało uwzględnieniu.

KIO 244/13

1. Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), poprzez przyjęcie przez zamawiającego, że złożenie przez Konsorcjum CNEEC oferty w postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w związku z naruszeniem przez Shanghai Boiler Works Co.Ltd z siedzibą w Szanghaju (w skrócie SBW) - podwykonawcę Konsorcjum CNEEC praw licencyjnych podmiotu trzeciego.

Izba ustaliła, że Umowa licencyjna pomiędzy Alstom Power Inc. z siedzibą w Windsor w Stanach Zjednoczonych i Shanghai Boiler Works Co. Ltd. z siedzibą w Szanghaju w Chińskiej Republice Ludowej została zawarta w dniu 3 marca 2003 r. Na mocy tej umowy została podjęta współpraca przez ww. firmy w zakresie „Kotłów przepływowych, w tym kotłów na parametry nadkrytyczne, ze spiralnymi i pionowymi rurami ekranowymi o mocy (o klasie wielkości) 800 MWe i 1000 MWe.” W trakcie obowiązywania umowy była ona zmieniana w formie aneksu do umowy z dnia 12 listopada 2004 r. Na tle wykonywania ww. umowy powstał spór pomiędzy stronami co do uprawnień firmy SBW do oferowania technologii

uzyskanej w ramach ww. umowy na terytorium poza Chińską Republiką Ludową. W ramach niniejszego przystępujący: Konsorcjum Alstom powziął informację, że Konsorcjum CNEEC złożyło ofertę wstępną, a następnie ofertę ostateczną z udziałem firmy SBW, jako podwykonawcy w zakresie kotła o parametrach nadkrytycznych. Przystępujący poinformował zamawiającego w niniejszym postępowaniu, przedkładając dokumenty (umowa, opinie, korespondencja), że firma SBW naruszyła prawa Alstom, wynikające z zawartej umowy. Tym samym również Konsorcjum CNEEC składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu popełniło czyn nieuczciwej konkurencji na szkodę przystępującego.

Biorąc pod uwagę materiał dowodowy zgromadzony w aktach sprawy, Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu nie zostały wykazane przez zamawiającego przesłanki do uznania, że złożenie oferty przez Konsorcjum CNEEC stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej „uznk”).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, które narusza lub zagraża interesom innego przedsiębiorcy lub klienta.

W przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum CNEEC złożyło ofertę z powierzeniem podwykonawcy – firmie SBW wykonanie części przedmiotu zamówienia. Konsorcjum złożyło w ofercie oświadczenie o treści „mamy pełne i niezaprzeczalne prawo do oferowania i wybudowania bloku energetycznego o mocy 800 - 910 MW na parametry nadkrytyczne w Tauron Wytwarzanie S.A., Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie i ponosimy pełną odpowiedzialność w przypadku jakichkolwiek roszczeń ze strony osób trzecich”.

Biorąc po uwagę stanowisko Konsorcjum Alstom oraz wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum CNEEC na wezwanie zamawiającego, zamawiający uznał w ramach czynności oceny ofert, że oferta odwołującego została złożona z naruszeniem umowy licencyjnej zawartej pomiędzy Alstom Power Systems GmbH (następca prawny Alstom Power Inc.) a SBW (podwykonawca Konsorcjum CNEEC), co narusza interes firmy Alstom i interes zamawiającego.

W ocenie Izby w ustalonym stanie faktycznym nie można mówić o wypełnieniu się przesłanek określonych w art. 3 ust. 1, koniecznych do uznania, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, tj. zaistnienia działania lub też zaniechania przedsiębiorcy, działanie to musi być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz działanie to musi naruszać lub zagrażać interesom innego przedsiębiorcy lub klienta.

Złożenie oferty, a tym samym naruszenie zawartej Umowy licencyjnej stanowi niewątpliwie działanie przedsiębiorcy. Działanie to może być uznane za sprzeczne z prawem lub z dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk. Jednak fakt naruszenia zobowiązań umownych musi być wykazany w sposób niebudzący wątpliwości. W ocenie

Izby skoro w Umowie licencyjnej w artykule 16 strony zgodnie umówiły się, że „wszelkie spory, różnice zdań i roszczenia wynikające z niniejszej Umowy lub w związku z nią lub jej naruszeniem, czy to bezpośrednio, czy pośrednio, które nie będą mogły zostać rozstrzygnięte przez Strony, zostaną rozstrzygnięte zgodnie z poniższymi postanowieniami dotyczącymi arbitrażu zewnętrznego.” W ust. 16.2 Strony Umowy wskazały jako właściwy w tym zakresie arbitraż w Singapurze, prowadzony przez Singapurskie Cent Arbitrażu Międzynarodowego, zgodnie z zasadami arbitrażu Komisji ONZ do spraw międzynarodowego prawa handlowego (UNCITRAL) obowiązującymi w dniu arbitrażu, z tym że w przypadku sprzeczności pomiędzy tymi zasadami a postanowieniami niniejszej Umowy wiążące będą postanowienia Umowy. Językiem arbitrażu będzie język angielski, a wszyscy arbitrzy będą płynnie władać tym językiem.”

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że ustalenie, iż umowa nie jest wykonywana lub jej postanowienia zostały naruszone może zapaść w wyniku rozstrzygnięcia przez uzgodniony pomiędzy stronami wskazany w zawartej Umowie sąd arbitrażowy, właściwy do rozstrzygnięcia wszelkich sporów wynikłych na tle zawartej umowy.

Strony potwierdziły w tej sprawie, że postępowanie arbitrażowe przed arbitrażem wskazanym w Umowie ani inne (sądowe) nie zostało do chwili obecnej wszczęte. Obie strony umowy w prowadzonej ze sobą korespondencji pozostają przy swoich przeciwstawnych stanowiskach odnośnie zaistnienia faktu naruszenia umowy licencyjnej przez SBW.

W ocenie Izby jeżeli naruszenie Umowy licencyjnej nie zostało stwierdzone, zgodnie z trybem przewidzianym w umowie, to nie można uznać, że działanie Konsorcjum CNEEC polegające na zaoferowaniu kotła wyprodukowanego przez firmę SBW jest sprzeczne z prawem lub z dobrymi obyczajami. Tym samym Izba uznała, że zamawiający nie wykazał ziszczenia się jednej z przesłanek do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, tj. sprzeczności z prawem działania Konsorcjum CNEEC.

Podważając oświadczenie odwołującego odnośnie zapewnienia zamawiającego o posiadaniu przez odwołującego pełni praw do oferowania kotła SBW, zamawiający musiałby wykazać, że oświadczenie to jest nieprawdziwe, gdyż jest sprzeczne z treścią Umowy licencyjnej. Okoliczność powyższa nie była przez zamawiającego podnoszona w niniejszym postępowaniu.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający i przystępujący wykazali, że złożenie oferty w tej sytuacji może zagrażać interesom przystępującego oraz zamawiającego, biorąc pod uwagę, że naruszenie Umowy licencyjnej może wywoływać znaczące negatywne skutki w zakresie prowadzonej przez te podmioty działalności gospodarczej, jednak, wobec braku wykazania łącznego spełnienia przesłanek, określonych w art. 3 ust. 1 uznk, nie można stwierdzić, że dane działanie, polegające na złożeniu oferty

przez Konsorcjum CNEEC, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 65 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp oraz zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez ich błędne zastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty Konsorcjum CNEEC jest zgodna z treścią siwz. Odwołujący podnosił w związku z powyższym także zarzuty, że stwierdzone przez zamawiającego omyłki w części przypadków de facto nie stanowią niezgodności treści oferty z treścią siwz, a nawet gdyby tak przyjęto, to ze względu na ich nieistotny charakter, omyłki te winny zostać poprawione przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, natomiast w pozostałej części stwierdzone omyłki ze względu na swój charakter winny być poprawione przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, jako omyłki pisarskie.

W zakresie szczegółowych zarzutów sformułowanych przez odwołującego wobec stwierdzonych przez zamawiającego niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz, określonych w Załączniku nr 5 do zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

2.1 Zarzut dotyczący braku złożenia w ofercie załącznika zawierającego „stosowane jednostki i zastosowane symbole” Izba uznała za zasadny. Pełną aktualność w odniesieniu do tego zarzutu zachowuje uzasadnienie przedstawione powyżej w sprawie o sygn. akt KIO 237/13 – w odniesieniu do tożsamego zarzutu dotyczącego oferty złożonej przez Konsorcjum SNC. Powtarzanie tej samej argumentacji w tej sytuacji Izba uznała za zbędne.

2.2 Zarzut dotyczący podania w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym terminów dotyczących zakończenia Etapów Realizacji w miesiącach, a nie dat dziennych Izba uznała także za zasadny.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości treść wymagania zamawiającego zawarte w wymaganiach dotyczących Załącznika nr 3 do Kontraktu (Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego) (Część III.2 siwz), aby w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym podać daty zakończenia poszczególnych Etapów Realizacji w nim wskazanych. Powyższe wynika wprost z opisu kolumny trzeciej (3) tabeli opracowanej przez zamawiającego, jako wzór harmonogramu (HRF).

W ofercie złożonej przez odwołującego – w HRF odwołujący podał terminy w miesiącach, nie wskazując konkretnego dnia w danym miesiącu.

Izba uznała, że w okolicznościach niniejszej sprawy powyższa niedokładność w treści oferty nie stanowi istotnej niezgodności z wymaganiami zamawiającego, powodującej odrzucenie oferty. Izba zważyła, że wskazanie konkretnych dat dziennych w terminie

składania ofert, które należało założyć w odniesieniu do przyjętej w sposób abstrakcyjny daty zawarcia Kontraktu, nie może zostać zakwalifikowane, jako istotna niezgodność treści oferty z treścią siwz. W przypadku wskazania tak dokładnie określonych terminów zakończenia Etapów Realizacji, wobec przesuwania się momentu zawarcia Kontraktu, daty te stają się nieaktualne i wymagają korekty. Brak zatem podania konkretnych dat, które od razu tracą swoją aktualność, nie może być uznany za niezgodność merytoryczną treści oferty z treścią siwz. Stosownie do postanowienia zawartego w ww. wymaganiach dotyczących Załącznika nr 3 do Kontraktu (pkt 2 -Uwaga do Wykonawców) „Harmonogram Rzeczowo - Finansowy złożony przez Wykonawcę w Ofercie może być przedmiotem dodatkowych uszczegółowień Zamawiającego z wybranym Wykonawcą i może być nieznacznie doprecyzowany, ale przy zachowaniu zapisów i wymagań w Artykule III Kontraktu”. Możliwe zatem i uzasadnione jest w ocenie Izby doprecyzowanie w tym przypadku dat zakończenia Etapów Realizacji. Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę fakt, że zamawiający nie potrafił wyjaśnić i wskazać w toku rozprawy jednoznacznego uniwersalnego sposobu postępowania w przypadku konieczności korekty podanych w HRF dat dziennych, poprzez przesunięcie konkretnej daty o czas, który upłynął od daty przyjętej, jako data zawarcia kontraktu, do rzeczywistego momentu zawarcia Kontraktu. Zauważyć należy, że w związku z postanowieniem, iż „W Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym należy uwzględnić fakt, że termin zakończenia każdego Etapu Realizacji i sporządzenia Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji następuje najpóźniej do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca (patrz także punkt 3.3.1. Artykułu III Kontraktu)”, przesunięcie terminu o określony czas może skutkować tym, że data zakończenia danego Etapu Realizacji może wypaść w dniu wykraczającym poza 26 dzień danego miesiąca, który zamawiający przyjął jako maksymalny w każdym miesiącu.

2.3 Izba uznała, że niezasadny jest zarzut dotyczący przedstawienia w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym etapów realizacji, które kończą się, a tym samym są płatne, przed datą wypłaty zaliczki.

W wymaganiach dotyczących załącznika nr 3 do Kontraktu (Część III.2 siwz) zamawiający określił, że „Zamawiający przewiduje zaliczkę płatną w 2 (dwóch) ratach zgodnie z zapisami punktu 3.1. Artykułu III Kontraktu. Wykonawca nie może umieścić w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym takiego Etapu Realizacji, który byłby płatny wcześniej niż wypłata przez Zamawiającego pełnej kwoty zaliczki określonej w punkcie 3.1. Artykułu III Kontraktu”, tj. wcześniej niż 6 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu.

Odwołujący przewidział zakończenie 6 (sześciu) Etapów Realizacji w terminie krótszym niż 6 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu. Fakt ten nie był kwestionowany przez odwołującego.

Izba nie zgodziła się z twierdzeniem odwołującego, że zgodnie z siwz, termin

realizacji i termin płatności nie są niezależne od siebie. Zamawiający określił precyzyjnie w specyfikacji sposób rozliczenia prac zakończonego etapu. W ocenie Izby, nie ma wątpliwości, że wykonawca nie może w świetle obowiązujących przepisów (ustawa o podatku od towarów i usług) swobodnie decydować o tym, kiedy przekaze zamawiającemu fakturę wystawioną z określoną datą i w ten sposób decydować o przesunięciu (opóźnieniu) płatności dokonywanych przez zamawiającego za wykonane etapy.

Jednocześnie Izba zważyła, że zmiana terminów zakończenia ww. Etapów Realizacji na zgodne z wymaganiem zamawiającego, przekracza uprawnienie zamawiającego w ramach art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zmiana powyższa musiałaby uwzględniać nowe oświadczenie wykonawcy w odniesieniu do terminów zakończenia 6 etapów, co pociągnęłoby za sobą konieczność kolejnych zmian terminów zakończenia Etapów Realizacji, których wykonanie pozostaje w powiązaniu z ww. etapami. Zmiana taka stanowiłaby niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty przez wykonawcę, gdyby doszło do wyjaśnienia powyższych kwestii na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

2.3 Izba uznała, że podany w HRF przez odwołującego termin 34 miesiąca – zakończenia etapu szkolenia personelu zamawiającego wskazuje, że odwołujący nie zaoferował szkoleń w pełnym zakresie wymaganym przez zamawiającego w siwz, tj. nie obejmuje w szczególności szkoleń praktycznych, które powinny, zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz, obejmować etap Rozruchu całego Bloku i trwać do czasu zakończenia Rozruchu Próbnego. Wyjaśnienia złożone w powyższym zakresie przez odwołującego na rozprawie, iż pomimo wskazania terminu zakończenia etapu szkoleń w 34 miesiącu dalsze szkolenia będą nadal realizowane, nie są logiczne oraz co należy szczególnie podkreślić – nie znajdują żadnego potwierdzenia w treści złożonej oferty. Przyjęcie tych wyjaśnień musiałoby zatem prowadzić do istotnej zmiany treści złożonej oferty, a tym samym stanowiłoby niedozwolone negocjacje pomiędzy zamawiającym a wykonawcą co do treści złożonej oferty, o których mowa w art. 87 ust. 1 Pzp. Oferta nie zawiera informacji, które pozwalałyby zamawiającemu na jakąkolwiek ingerencję w treść oferty w powyższym zakresie w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

2.4 W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut dotyczący braku podania w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu 8 (ośmiu) Etapów Realizacji wskazanych w Harmonogramie Rzeczowo Finansowym (pkt 5 Załącznika 5 do zawiadomienia).

W oparciu o brzmienie postanowień zawartych w wymaganiach dotyczących Załącznika nr 3 do Kontraktu (tiret ósme) (Część III.2 siwz) Izba ustaliła, że Harmonogram Rzeczowo-Finansowy musiał być powiązany z Ramowym Harmonogramem Realizacji Kontraktu, stanowiącym Załącznik nr 6 do Kontraktu. Zamawiający wskazał, że podane

w HRF etapy „muszą znaleźć swoje odzwierciedlenie” w RHRK. Powyższe oznacza, że należało zawrzeć w RHRK etapy realizacji określone w ten sam sposób, co gwarantuje, że obejmują one identyczny zakres czynności, podlegających wykonaniu w ramach danego etapu.

W ofercie odwołujący wskazał w HRF Etapy Realizacji w poz. nr 2, nr 68, nr 69, nr 70, nr 91, nr 92, nr 93, nr 96, które nie znajdują „swojego odzwierciedlenia” w RHRK. Odwołujący wyjaśnił w odwołaniu i potwierdził na rozprawie, że wskazane przy wymienionych pozycjach HRF odnośniki do RHRK zapewniają, że powiązane w ten sposób etapy obu harmonogramów są tożsame i obejmują de facto ten sam zakres czynności, pomimo, że etapy w RHRK zostały określone w literalnie odmienny sposób.

Izba uznała, że różnice w określeniu etapów w RHRK w stosunku do etapów zawartych w HRF nie mogą być uznane za nieistotne i nie mające znaczenia dla treści złożonej oferty. Nazwy etapów w RHRK podane przez wykonawcę wskazują na odmienny zakres prac w porównaniu do etapów w HRF. Wskazanie odnośników punktowych nie jest wystarczające do uznania, że wymagane co do tożsamości etapów w obu harmonogramach zostało spełnione. Różnice w określeniu etapów w obu harmonogramach należy uznać za istotne także z tego względu, że dotyczą etapów określonych w wymaganiach do Załącznika nr 3 do Kontraktu, jako obowiązkowe. Wykonawca w przypadku tych etapów nie był uprawniony dokonywać ich zmiany w ramach przeniesienia tych etapów do RHRK. Wyjaśnienia złożone przez odwołującego, iż zakres czynności omawianych etapów, pomimo różnic w ich nazewnictwie jest tożsamy, nie znajduje potwierdzenia w treści oferty. Odwołujący nie wykazał przy tym, że wskazane czynności w RHRK w powiązaniu do HRF są czynnościami tzw. zamykającymi dany etap, toteż zamawiający nie mógł domniemywać tożsamości tych etapów. Ponadto Izba uznała, że zamawiający nie był uprawniony do wyjaśniania treści oferty w powyższym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że treść oferty w omawianym zakresie nie budzi wątpliwości, które należałoby wyjaśnić. Powyższe przesądza, że żądanie wyjaśnień musiałyby wprost i z założenia prowadzić do zmiany treści złożonej oferty.

2.5 Zarzut dotyczący braku zawarcia w Ramowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu przekazania wszystkich niezbędnych rodzajów dokumentacji (pkt 6 Załącznika 5 do zawiadomienia) Izba uznała za niezasadny. Szczegółowe uzasadnienie do tożsamego zarzutu zostało podane w niniejszym uzasadnieniu w sprawie o sygn. akt KIO 237/13. Uzasadnienie to jest w pełni aktualne również w odniesieniu do zarzutu podniesionego przez Konsorcjum CNEEC.

2.6 Zarzut dotyczący braku podania w Ramowym Harmonogramie Realizacji

Kontraktu terminów podania/udostępnienia mediów przez zamawiającego w ocenie Izby także jest niezasadny.

Zgodnie z wymaganiami do Załącznika nr 6 do Kontraktu (Ramowy Harmonogram Realizacji Kontraktu) (Część III.2 siwz) zamawiający wymagał aby RHRK uwzględnił terminy podania/udostępnienia mediów przez zamawiającego w związku z zapisami pkt 11.5.4.11.6.4 Artykułu XI Kontraktu (Część III.1 siwz) oraz pkt 12.1.4 i 12.4 Artykułu XII Kontraktu (z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie wykonawców nr 394 do treści siwz).

Zamawiający określił w ww. postanowieniach Kontraktu m.in., że „Podczas montażu Bloku na Terenie Budowy Zamawiający dostarcza na swój koszt takie media, jak energia elektryczna i woda (zgodnie z tabelą zamieszczoną w punkcie 12.4. Artykułu XII Kontraktu) oraz pokrywa koszty ścieków deszczowych i sanitarnych odprowadzanych przez Wykonawcę do istniejących instalacji Zamawiającego w ilości nieprzekraczającej 45m³/h. Wykonawca w terminie 2 (dwóch) miesięcy przed przekazaniem przez Zamawiającego Terenu Budowy poda Zamawiającemu zapotrzebowanie na energię elektryczną i wodę, których parametry wynikają z możliwości Zamawiającego.”

Ponadto „Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Załączniku nr 2A do Kontraktu Wykonawca dostarczy Zamawiającemu specyfikację niezbędnych mediów, określającą przewidywane zużycie każdego z nich.”, a także: „Podczas całego Rozruchu Zamawiający dostarcza na swój koszt takie media, jak energia elektryczna, para technologiczna rozruchowa, woda gorąca dla potrzeb zasilania instalacji centralnego ogrzewania i ciepłej wody użytkowej w obiektach Bloku, sprężone powietrze oraz paliwa i sorbent, a także pokrywa koszty ścieków deszczowych i sanitarnych odprowadzanych przez Wykonawcę do istniejących instalacji Zamawiającego oraz koszty odprowadzanych przez Wykonawcę odpadów paleniskowych o parametrach jakościowych zgodnych z wymaganiami Zamawiającego, określonych w Załączniku nr 2 do Kontraktu”.

Odwołujący podał w pkt 2.1.5 Załącznika nr A6 wykaz mediów potrzebnych do eksploatacji Bloku. Dla mediów, za dostawę których odpowiada zamawiający wykonawca powinien określić w RHRK wymagane terminy podania/udostępnienia ich przez zamawiającego. Powyższej informacji brak jest w ofercie odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że w przypadku wymagań dotyczących sporządzenia harmonogramu określenie, że musi on „uwzględnić terminy podania/udostępnienia mediów” wskazuje jednoznacznie, że wymóg ten dotyczy „zawarcia” lub „wskazania” określonych terminów w harmonogramie. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska odwołującego, że postanowienie to jest niejednoznaczne. Jak wynika z treści siwz, w odniesieniu do harmonogramów zamawiający kilkakrotnie posługiwał się określeniem „uwzględnić w harmonogramie terminy”, i w każdym z tych przypadków należało podać terminy. Gdyby chodziło tu wyłącznie o „wzięcie pod uwagę terminów”, to takie terminy

musiałyby być z góry znane. W przeciwnym razie wymaganie by uwzględnić terminy w harmonogramie w sytuacji, gdy nie są one w ogóle określone, nie jest logiczne. Dlatego Izba uznała, że powoływanie się przez odwołującego w tym zakresie na wątpliwości co do treści wymagania nie jest uzasadnione.

Brak wymaganych informacji w ofercie – w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może być uznany za inną omyłkę polegającą na poprawieniu na mocy tego przepisu. Uzupełnienie informacji brakującej prowadziłoby natomiast do istotnej zmiany treści złożonej oferty i w tym zakresie zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp nie jest uprawnione. Odnosząc się także do dalszej argumentacji odwołującego, należy wskazać, że oświadczenie o akceptacji postanowień siwz i Kontraktu oraz akceptacji zobowiązań z niego wynikających nie zastępuje wymaganych szczegółowych informacji, których nie można wywieść z treści złożonej oferty.

Zarzuty objęte zastrzeżeniem przez wykonawcę Konsorcjum CNEEC, jako informacje .
stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzut lit. a) odwołania.

W ocenie Izby zarzut nie jest zasadny. Izba stwierdziła, że odwołujący nieprawidłowo określił zakres prac danego etapu. Niezgodności tych zamawiający nie może poprawić samodzielnie, bez udziału podwykonawcy w oszacowaniu prac w ramach dokonania ewentualnej poprawy treści oferty.

Zarzut b) odwołania.

Izba uznała, że zarzut jest niezasadny. Izba stwierdziła, że oferta odwołującego nie zawiera wymaganych informacji, które jednoznacznie potwierdzałyby spełnienie wymagań zamawiającego zawartych w specyfikacji.

Zarzut lit. c) odwołania.

W ocenie Izby zarzut nie jest uzasadniony. Izba uznała, że w ofercie odwołującego brak jest wymaganych informacji – brak ten nie podlega wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp ani poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż uzupełnienie brakującej w ofercie informacji prowadziłoby do istotnej zmiany treści złożonej oferty, poprzez konieczność uzupełnienia treści złożonej oferty o nowe, niezawarte w niej informacje.

Zarzut lit. d) odwołania.

Zdaniem Izby zarzut nie potwierdził się. Zastosowane i zaoferowane przez odwołującego rozwiązanie jest niezgodne z wymaganiami siwz. Izba uznała, że rozwiązanie w całości należy uznać za niezgodne z wymaganiami siwz, wówczas gdy choćby jeden z elementów tego rozwiązania jest niezgodny z tymi wymaganiami. Jednocześnie Izba uznała w tej sytuacji twierdzenia odwołującego, że zaoferowane rozwiązanie jest lepsze od rozwiązania wymaganego w siwz, jako minimalne - za nieuzasadnione. Podkreślić należy,

że zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych i lepszych. Należy przy tym wyraźnie zaznaczyć, że rozwiązanie lepsze musi być co najmniej równoważne do wymaganego w siwz, jako minimalne. Podkreślić należy, że rozwiązanie niezgodne z wymaganiami siwz nie spełnia nawet wymagania minimalnego, a tym samym nie może podlegać uznaniu za lepsze w świetle specyfikacji. Subiektywne przekonanie wykonawcy co do tego, jakie rozwiązanie jest lepsze dla zamawiającego, mogło mieć znaczenie wyłącznie na etapie formułowania treści siwz, tj. wówczas, gdy wykonawca mógł zgłosić swoje uwagi lub wnioski do treści specyfikacji i wpłynąć tym samym na wymagania zamawiającego. Na etapie oceny ofert takie przekonanie wykonawcy nie może mieć żadnego wpływu na ocenę treści oferty pod względem zgodności z siwz.

Zarzut e) odwołania.

Zdaniem Izby zarzut jest nieuzasadniony. Izba uznała, że zaoferowany przez odwołującego materiał jest niezgodny z wymaganiami siwz. W wyniku udzielonych wyjaśnień, dotyczących treści złożonej oferty odwołujący potwierdził, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a tym samym przyznał, że zaoferowany materiał nie jest zgodny ze specyfikacją zamawiającego. W oparciu o złożone wyjaśnienia, zamawiający nie mógł uznać, że treść oferty została zmieniona przez wykonawcę, gdyż taka zmiana w świetle art. 87 ust. 1 Pzp jest niedopuszczalna. W ramach złożonych wyjaśnień odwołujący potwierdził, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z określonym wymaganiem. Powyższe zapewnienie nie zmienia jednak faktu, że złożona oferta nie spełnia wymagań siwz. W tym zakresie Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż naruszenie tego przepisu jest możliwe wówczas, gdyby zamawiający uwzględnił złożone wyjaśnienia i przyjął, że w wyniku wyjaśnień oferta została doprowadzona do zgodności z siwz. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia potwierdzają tylko niezgodność treści oferty Konsorcjum CNEEC z wymaganiami.

Argumentacja odwołującego, że zaoferowane rozwiązanie jest lepsze od rozwiązania wymaganego w siwz, nie może być zaakceptowana, gdyż nie znajduje oparcia ani w treści specyfikacji, ani tym bardziej w treści przepisów ustawy Pzp. Rozwinięcie uzasadnienia tak jak w pkt lit. d – powyżej. Przyjęcie interpretacji w odniesieniu do pojęcia „rozwiązanie lepsze” przedstawionej przez odwołującego prowadziłoby de facto do obejścia wymagań (postanowień) specyfikacji.

Zarzut lit. f) odwołania.

Izba uznała, że treść oferty objętej zarzutem nie spełnia wymagań siwz. Odwołujący nie wyjaśnił i nie wykazał, że wymogi zamawiającego (siwz) w danym zakresie zostały spełnione.

Zarzut lit g) odwołania.

Izba uznała zarzut za niezasadny. Izba stwierdziła, że odwołujący nie zawarł

w ofercie wymaganych danych, i brak ten nie może podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp ani poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako inna omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Zarzut lit h) odwołania.

Izba uznała, że oferta odwołującego zawiera rozwiązanie, które nie spełnia wymagań siwz. W przypadku stwierdzonej jednoznacznie niezgodności treści oferty z wymaganiami siwz nie można przyjąć, że dane rozwiązanie może być ocenione, jako rozwiązanie równoważne lub też lepsze.

Zarzut lit i) odwołania.

Uzasadnienie jak w odniesieniu do zarzutu zawartego w pkt lit. g) powyżej.

Zarzuty lit. j), k), o), p) odwołania.

Izba uznała zarzuty za niezasadne. W ocenie Izby w powyższym zakresie brak jest w ofercie wymaganych danych. Odwołujący nie wykazał, że wymagane dane znajdują się w treści oferty.

Zarzut lit. l) odwołania.

Zarzut niniejszy został uwzględniony przez zamawiającego na rozprawie. Tym samym Izba uznała, że okoliczności podnoszone przez odwołującego w zakresie tego zarzutu zostały przyznane przez zamawiającego. Fakt uwzględnienia zarzutu nie ma wpływu na sposób oceny oferty odwołującego ani na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut lit. m) odwołania.

Zarzut w ocenie Izby nie potwierdził się. Izba uznała, że dane podane w ofercie odwołującego nie zostały wykazane przez wykonawcę jako prawidłowe. W składanych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnieniach dotyczących treści złożonej oferty wykonawca ma obowiązek rozwiązać wszelkie wątpliwości zamawiającego. W takim przypadku, tj. w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że wątpliwości nie są uzasadnione. Odwołujący w przedmiotowej sprawie nie przedstawił zamawiającemu wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu stwierdzić w sposób niewątpliwy, że złożona oferta zawiera treść zgodną z wymaganiami siwz. Tym samym wątpliwości co do treści oferty nie zostały usunięte, co prowadzi do stwierdzenia, że treść oferty nie odpowiada wymaganiom specyfikacji.

W konsekwencji uwzględnienia części zarzutów w ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 Pzp, stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp nie stanowiło przesłanki do uwzględnienia odwołania z tego względu, że nie ma ono wpływu na

wynik postępowania. Biorąc pod uwagę ustalone wyżej okoliczności wybór oferty najkorzystniejszej pozostaje bez zmiany, a oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym samym zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp został uznany przez Izbę za niezasadny.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba oddaliła oba odwołania, orzekając, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

Izba wydała łączne orzeczenie w sprawie odwołań na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 8, 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 6 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).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....