

**Sygn. akt: KIO 972/13**

**Sygn. akt: KIO 1006/13**

**WYROK**

**z dnia 16 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Ewa Sikorska**

**Marek Szafraniec**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 26 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **ENERGOINSTAL S.A., 40-203 Katowice, al. Roździeńskiego 188d (KIO 972/13)**

B. w dniu 29 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **CONTROL PROCESS S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16 (KIO 1006/13)**

w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Ciepło S.A., 40-126 Katowice, ul. Grażyńskiego 49**

przy udziale:

A. wykonawcy **CONTROL PROCESS S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 972/13 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy **ENERGOINSTAL S.A., 40-203 Katowice, al. Roździeńskiego 188d** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1006/13 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala oba odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża **ENERGOINSTAL S.A., 40-203 Katowice, al. Roździeńskiego 188d (KIO 972/13)** i **CONTROL PROCESS S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16 (KIO 1006/13)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ENERGOINSTAL S.A., 40-203 Katowice, al. Roździeńskiego 188d (KIO 972/13)** i **CONTROL PROCESS S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16 (KIO 1006/13)** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **ENERGOINSTAL S.A., 40-203 Katowice, al. Roździeńskiego 188d(KIO 972/13)** i **CONTROL PROCESS S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16 (KIO 1006/13)** na rzecz **TAURON Ciepło S.A., 40-126 Katowice, ul. Grażyńskiego 49 (KIO 972/13)** i **ENERGOINSTAL S.A., 40-203 Katowice, al. Roździeńskiego 188d (KIO 1006/13)** kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, w tym kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **ENERGOINSTAL S.A., 40-203 Katowice, al. Roździeńskiego 188d (KIO 972/13)** oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **CONTROL PROCESS S.A., 30-733 Kraków, ul. Obrońców Modlina 16 (KIO 1006/13)**.

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:** .....

.....

.....

## **Sygn. akt KIO 972/13 i KIO 1006/13**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Tauron Ciepło S.A., ul. Grażyńskiego 49, 40 - 126 Katowice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Budowę turbozespołu upustowo-kondensacyjnego o mocy elektrycznej ok. 50 MW w Tauron Ciepło S.A.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 18-029330.

W dniu 18 kwietnia 2013 roku Zamawiający przesłał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Control Process S.A. oraz odrzuceniu dwóch pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty Energoinstal S.A., Al. Roździeńskiego 188 d 40-203 Katowice oraz oferty

### **Sygn. akt KIO 972/13**

Odwołujący: Energoinstal S.A. nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia jego oferty w dniu 26 kwietnia 2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy oferta złożona przez Konsorcjum odpowiada treści SIWZ; oraz alternatywnie w przypadku wskazanych w uzasadnieniu zarzutów naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- naruszenie art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Control Process S.A., jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy wykonawca ten złożył ofertę mniej korzystną od Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie powtórzenia badania i oceny ofert oraz uznania oferty Odwołującego za niepodlegającą odrzuceniu, jak wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Wskazał, że jako podstawę prawną odrzucenia oferty Zamawiający podał przepis art.

89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp wywodząc, że zachodzą dwie okoliczności faktyczne wypełniające przesłanki odrzucenia:

1. niezgodność załącznika nr 3 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego z wymaganiami Zamawiającego,
2. niegodność treści Załącznika nr 3 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego z treścią Załącznika nr 4 Harmonogram Realizacji Kontraktu w zakresie pozycji dot. uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Nadto zauważył, że Zamawiający w części I SIWZ w pkt 13 ppkt 2. 1) Forma oferty wskazał: „jako część oferty Wykonawca wypełnia również zgodnie ze wskazówkami zawartymi w poszczególnych załącznikach do Kontraktu oraz przedkłada wraz z ofertą niżej wymienione załączniki do Kontraktu:

(...)

Załącznik nr 3 do Kontraktu Harmonogram Rzeczowo-Finansowy Załącznik nr 4 do kontraktu Harmonogram realizacji Kontraktu.”.

Według Odwołującego złożył on wraz z ofertą wymagane załączniki, a ich treść - zdaniem Odwołującego - w pełni odpowiada treści SIWZ.

Zwrócił także uwagę, że załącznik nr 3 tj. Harmonogram Rzeczowo-Finansowy zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma formę tabeli z wyszczególnionymi 7 Kluczowymi Etapami Realizacji Kontraktu, a Zamawiający w Harmonogramie zawarł informacje o wymaganej dacie zakończenia każdego z Etapów Kluczowych, jak też przewidywaną wysokość płatności za wykonanie danego etapu.

Poza tym podniósł, że zgodnie z postanowieniami umieszczonymi nad tabelą wykonawca miał rozbić na prace rozliczane miesięcznie Etap Kluczowy nr 7.

W ocenie Odwołującego zarzut Zamawiającego w stosunku do Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego złożonego w ofercie Odwołującego ogranicza się do Etapu Kluczowego nr 5 tj. Uzyskanie/zmiana ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę.

Nie podzielił zdania Zamawiającego, że przekreślenie słów Uzyskanie/zmiana ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę oraz dopisanie Założenia pod fundament turbozespołu oznaczają niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Według Odwołującego oceniając złożoną ofertę Zamawiający obowiązany jest do wzięcia pod uwagę całości jej zapisów i nie jest możliwe ocenianie treści oświadczenia woli

w oderwaniu od innych oświadczeń, które w sumie składają się na ofertę wykonawcy.

Zarzucił, że Zamawiający pominął zarówno inne oświadczenia składające się na ofertę, jak i wyjaśnienia wykonawcy złożone w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego oceniając przedłożony Harmonogram Rzeczowo - Finansowy nie można uznać, że Odwołujący uchyla się od obowiązku uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę, w przypadku, gdy będzie ono wymagane.

Wychodząc od postanowień SIWZ zauważył, że Subklauzula 1.13 Kontraktu stanowi, że Zamawiający będzie posiadał (lub uzyska) dotyczące Robót pozwolenia, zatwierdzenia, zgody opisane w PFU, jako posiadane (lub do uzyskania) przez Zamawiającego, w tym Pozwolenie na budowę.

Jednocześnie wskazał, że Wykonawca zgodnie z tą klauzulą odpowiada za dokonanie w Projekcie Budowlanym stosownych aktualizacji i modyfikacji, uzyskanie decyzji o zmianie Pozwolenia na Budowę lub wykonanie zamiennego Projektu Budowlanego i uzyskanie nowego Pozwolenia na Budowę, o ile będzie to konieczne dla należytej realizacji Robót.

Z powyższego wnioskował, że Kontrakt zakładał, iż może nie być potrzeby zmiany lub uzyskania nowego pozwolenia na budowę, a zależy to jedynie od technicznej oferty wykonawcy.

Zauważył przy tym, że Zamawiający przekazał wykonawcom projekt budowlany dla zadania, wykonany w celu uzyskania pozwolenia na budowę, jak też decyzję o warunkach zabudowy. Tym samym wykonawcy znali nowy projekt budowlany, będący podstawą do wydania pozwolenia na budowę, o które ubiegał się Zamawiający.

Ponadto zwrócił uwagę, że w dniu 24 października 2012 r. Zamawiający przekazał informację, że uzyskał pozwolenie na budowę, które przekaże wybranemu wykonawcy.

Z powyższych faktów wnosił, że każdy wykonawca mógł ocenić, czy rozwiązanie, które oferuje będzie wymagało zmian, dostosowania projektu budowlanego, czy też możliwe jest wykonanie robót budowlanych w oparciu o projekt przygotowany przez Zamawiającego i wydaną decyzję o pozwoleniu na budowę.

Wyjaśnił, że w swoim piśmie z dnia 9 stycznia 2013 r., które przedłożył w odpowiedzi

na zapytanie z dnia 24 grudnia 2012 r. Odwołujący rozważał przygotowując ofertę, czy zmiana pozwolenia na budowę w przypadku oferowanego przez niego rozwiązania będzie niezbędna.

Pozostawiając jednak tę kwestię, jako otwartą, stwierdził, że nie sposób uznać, iż Odwołujący w przypadku, gdy będzie to konieczne, nie zobowiązał się do uzyskania zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę lub nowej decyzji.

Według Odwołującego świadczy o tym nie tylko oświadczenie woli złożone w Formularzu oferty: „zobowiązuję się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ”, „akceptuję bez zastrzeżeń Kontrakt przedstawiony w części III SIWZ”, ale również treść złożonego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego. Etap Kluczowy 3 Harmonogramu to „opracowanie, aktualizacja projektu budowlanego oraz przygotowanie i złożenie wniosku do pozwolenia na budowę.”

Argumentował, że jeżeli Odwołujący bez żadnych wątpliwości zobowiązał się do opracowania lub aktualizacji projektu budowlanego oraz złożenia wniosku do pozwolenia na budowę, to nie sposób uznać, że uchylił się od pozyskania odpowiedniej decyzji w tym zakresie, a zgodnie zaś z wymaganiami Kontraktu działanie takie będzie wymagane jedynie, jeżeli jest to konieczne.

Ponadto wskazał, że zobowiązanie do uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę wynika również z treści Załącznika nr 4 do Kontraktu tj. Harmonogramu realizacji Kontraktu, a pod pozycją 5 Odwołujący umieścił „Uzyskanie zamiennego Pozwolenia na budowę przez Wykonawcę” (str. 535 oferty).

Przyznał, że gdyby uznać, że zmiana nazwy Etapu Kluczowego nr 5 jest niezgodnością z SIWZ, to niezgodność taka powinna być przez Zamawiającego poprawiona na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, a obowiązkiem zamawiającego wynikającym z tego przepisu jest poprawa omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, takich które spełniają łącznie dwa określone w przepisie warunki: polegają na niezgodności oferty z SIWZ i nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Wskazał, że poprawieniu powinny ulegać wyłącznie omyłki w treści oferty polegające na niezgodności z SIWZ, a niezgodność ta oznacza niezgodność z każdym elementem specyfikacji wymienionym w art. 36 ustawy Pzp.

Według Odwołującego będą to niezgodności związane z opisem przedmiotu

zamówienia, w tym z dokumentacją projektową stanowiącą opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane zgodnie z art. 31, z wzorem umowy (istotnymi postanowieniami umowy), wymaganiami, co do terminów, wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, posługiwania się podwykonawcami, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem Odwołującego zachodzą wszelkie podstawy do uznania, że omyłka, może być bez uszczerbku dla treści oferty, jak też bez prowadzenia negocjacji z wykonawcą, samodzielnie poprawiona przez Zamawiającego.

Według Odwołującego Zamawiający posiada informację, że ten zobowiązał się do wykonania świadczenia w sposób określony w Kontrakcie, bowiem z Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego wynika, że zobowiązał się do podjęcia czynności w celu opracowania lub aktualizacji projektu budowlanego oraz złożenia wniosku do pozwolenia na budowę, a Etap Uzyskania pozwolenia na budowę jest też wprost przewidziany w Harmonogramie realizacji Kontraktu.

Nadto zauważył, że etap ten może w trakcie realizacji Kontraktu nie wystąpić, o ile zaproponowane rozwiązanie techniczne nie będzie wymagało zmiany lub uzyskania nowej decyzji.

Zaznaczył również, że w jego ofercie w części technicznej na stronach 268-270 znajdują się informacje o gabarytach obiektu, które są takie same jak umieszczone w projekcie budowlanym dostarczonym przez Zamawiającego, a zatem jest wysoce prawdopodobne, że zmiana lub nowe pozwolenie na budowę nie będzie niezbędne.

Tym samym – w ocenie Odwołującego - przekreślenie nazwy Etapu Kluczowego nr 5 i wprowadzenie dodatkowego zapisu nie narusza zasadniczych wymogów SIWZ, a Zamawiający ma wiedzę z samej oferty, z czego wynika taka prezentacja Etapu Kluczowego nr 5.

W dalszej kolejności odwołania odniósł się do drugiej przyczyny odrzucenia jego oferty w ramach zapisu w pozycji 53 Harmonogramu realizacji Kontraktu, gdzie w pozycji tej umieścił „uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, przekazanie do eksploatacji komercyjnej” oraz wskazał termin 20 miesięcy, a co zdaniem Zamawiającego stanowiło wprowadzenie niedozwolonej zmiany w Harmonogramie.

Zarzucił Zamawiającemu, że ten nie wskazał przy tym wprost, na czym polegać ma niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz błędne

utożsamienie uzyskania pozwolenia na użytkowanie z przekazaniem obiektu do eksploatacji.

Zwrócił uwagę, że w odróżnieniu od Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego Harmonogram realizacji Kontraktu mógł być skonstruowany przez każdego wykonawcę w sposób, który odpowiada jego wizji prowadzenia inwestycji, bowiem Zamawiający nie wskazał wzoru takiego harmonogramu, wymaganych do umieszczenia w harmonogramie czynności itp., a jedyny wymóg merytoryczny w tym zakresie to wskazanie, że powinny być uwzględnione terminy Kluczowych Etapów Realizacji Kontraktu zawarte w Załączniku nr 3.

Wywodził, że ograniczenie wymagań dotyczących tego Harmonogramu jest uzasadnione celem, w jakim jest on tworzony, bowiem z założenia będzie podlegał wielokrotnie zmianom i uszczegółowieniom, co wynika z:

1. opisu zamawiającego zawartego w treści siwz w zakresie sposobu przygotowania załącznika, gdzie wskazano, iż Harmonogram realizacji Kontraktu zostanie opracowany w formie umożliwiającego jego rozbudowę i uszczegóławianie w trakcie realizacji Przedmiotu Kontraktu,

2. a przede wszystkim z postanowień Kontraktu: zgodnie z klauzulą 8.3. Wykonawca będzie co miesiąc uszczegóławiał Harmonogram w odniesieniu do Robót planowanych w następnych 3 miesiącach. Uszczegółowienie Harmonogramu będzie odzwierciedlać wszelkie określone wymagania zawarte w PFU oraz będzie podlegać zatwierdzeniu przez Inżyniera.

Przekonywał, że Harmonogram realizacji Kontraktu jest dokumentem, który ma charakter roboczy, służący zarządzaniu inwestycją i ze swej natury na etapie oferty wstępnym, który będzie podlegał zmianom w zależności od przebiegu inwestycji.

Jako przykład można wskazać daty podane w Harmonogramie, które będą zmienione, gdyż przygotowany on został przy założeniu, że realizacja umowy rozpocznie się w połowie stycznia 2013 r.

Z powyższego wnosił, że dotrzymanie zakończenia czynności w podanych datach nie jest możliwe, podobnie jak utrzymanie określonych terminów, gdyż część prac uzależniona jest od warunków atmosferycznych.

Podobnie zauważył w przypadku skorzystania z klauzul umożliwiających zmianę terminów wykonania Kontraktu (klauzula 13.9), gdzie zawarte w nim informacje będą ulegały zmianom.



Według Odwołującego odrzucenie oferty, z tego powodu, że w Harmonogramie wykonawca umieścił informacje w inny sposób niż chciał Zamawiający, przy czym woli swojej w żaden sposób nie wyraził w SIWZ, jest nadużyciem prawa.

Nadmienił przy tym, że zobowiązanie Wykonawcy do uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie najpóźniej do 18 miesiąca od podpisania umowy a do przekazania Instalacji do eksploatacji do 20 miesiąca wynika wprost z oferty tj. zarówno z wskazanych powyżej oświadczeń zawartych w Formularzu oferty, jak też z Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, gdzie w pozycji 8 Uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie wykonawca potwierdził dotrzymanie terminu 18 miesięcy, a w pozycji 13 Przejęcie do Eksploatacji - podpisanie Protokołu Przejęcia Instalacji do Eksploatacji dotrzymanie wymaganego terminu 20 miesięcy.

Podniósł, że zważywszy na hierarchię dokumentów narzuconą przez Zamawiającego, który zaznaczył, że Harmonogram realizacji Kontraktu opiera się na Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym Zamawiający nie może mieć wątpliwości, że oferta Odwołującego respektuje wymagane terminy, a jedynie niezgodność w zakresie terminów mogłaby być uznana za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Zwrócił uwagę, że zarzutu takiego Zamawiający jednak nie podniósł, a jedynie uznał, że Odwołujący utożsamiał uzyskanie pozwolenia na użytkowanie z przejęciem do eksploatacji, co jednak nie wynika z oferty Odwołującego.

Z ostrożności procesowej wskazał również na obowiązek zastosowania art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp w przypadku gdy sformułowania Harmonogramu realizacji Kontraktu uznane byłyby za omyłkę, gdyż nie ingeruje w zobowiązanie wykonawcy jasno przedstawione w Harmonogramie Rzeczowo- Finansowym.

Nadto podniósł, że żaden z zarzutów odwołania w stosunku do oferty Odwołującego nie stanowi o niezgodności zaoferowanych rozwiązań technicznych, jak też niezgodności wymagań kontraktowych tj. wymaganych terminów, sposobu płatności, udzielanych gwarancji itp.

Ostatecznie zauważył, że oferta Odwołującego jest ofertą najtańszą - cena oferty brutto wynosi 121 626 090, 00 złotych, podczas gdy cena oferty wybranej to 142 028 100, 00 zł, a ponadto jest ofertą najkorzystniejszą również biorąc pod uwagę drugie kryterium wskazane przez Zamawiającego w SIWZ (zgodnie z punktem 22 części I SIWZ Zamawiający obok kryterium cena o wadze 10% przewidział również kryterium ekonomiczne oparte na

metodzie NPV o wadze 90%).

Bazując na parametrach podanych w ofertach należy zauważyć, że poszczególne oferty złożone w postępowaniu powinny otrzymać następującą punktację w drugim z kryteriów:

- oferta Odwołującego - 90 punktów,
- oferta Control Process S.A. - 84,84 punkty,
- oferta konsorcjum Sener 49,38 punkty.

Wykonawca Control Process S.A. zgłosił skutecznie swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### **Sygn. akt KIO 1006/13**

Zamawiający: Tauron Ciepło S.A, Katowice 40-126, ul. Grażyńskiego 49 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa turbozespołu upustowo-kondensacyjnego o mocy elektrycznej około 50 MW w Elektrociepłowni EC Nowa Sp. z o.o.” - nr postępowania ECN/ZP/2012/01.

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 stycznia 2012 pod numerem 2012/S 18 - 029330.

W dniu 18 kwietnia 2013r. Zamawiający, pismem TW/WN/JS/53/2013 przesłanym faksem oraz drogą elektroniczną (e-mail) poinformował Wykonawców o wynikach postępowania :

- odrzuceniu oferty Energoinstal S.A. z następujących przyczyn :

1) Niezgodności treści oferty Energoinstal z wymogami SIWZ poprzez dokonanie samodzielnych zmian w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym polegających na wykreśleniu Etapu nr 5 - „Uzyskanie/zmiana ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę”, za który Zamawiający przewidział 3% płatności oraz karę za zwłokę i wprowadzeniu zupełnie nowego etapu „Założenia pod fundament turbozespołu”. Zdaniem Zamawiającego w wyniku powyższych zmian - zmienił się harmonogram prac oraz płatności,

2) Niezgodności treści oferty Energoinstal (załącznik nr 4. Harmonogram Realizacji Kontraktu, pozycja 53) z wymogami SIWZ (załącznik nr 3 Harmonogram Rzeczowo Finansowy, pozycja nr 8), wynikających z rozbieżności w zakresie wskazanych

terminów realizacji poszczególnych etapów zamówienia pomiędzy Załącznikiem 4 - Harmonogram Realizacji Kontraktu, który powinien uwzględniać terminy Kluczowych Etapów Realizacji Kontraktu a przedłożonym przez Wykonawcę Załącznikiem nr 3 - w tym zakresie wskazano - niezgodność terminu uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie - który wynosi w SIWZ (załącznik nr 3. Harmonogram Rzeczowo Finansowy, pozycja. Nr 8) 18 miesięcy od dnia podpisania kontraktu, natomiast zgodnie z pozycją „Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przekazanie własności przekazanie do eksploatacji komercyjnej - termin w ofercie Energoinstal (załącznik nr 4 Harmonogram Realizacji Kontraktu, poz 53) - wynosi 20 miesięcy od dnia podpisania Kontraktu.

Zamawiający podkreślił, że nie mógł uznać tych niezgodności za omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż zmiana polegająca na wykreśleniu pozycji Zamawiającego i zamieszczeniu własnej pozycji - oznaczała działanie intencjonalne, które nie mogło być uznane za omyłkę.

Wskazano również na niemożność uzupełniania harmonogramów rzeczowo - finansowych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

- odrzuceniu oferty Konsorcjum Sener na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na to, że Wykonawca ten zaoferował w opisie technicznym dotyczącym konstrukcji i żelbetowej zaoferował beton klasy C20/25 o gorszych parametrach wytrzymałościowych niż wymagane - z klasy betonu minimum C30,

- wyborze oferty Odwołującego: Control Process S.A., Kraków 30-733, ul. Obrońców Modlina 16, zwanego dalej Odwołującym spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący - Control Process S.A. w dniu 29 kwietnia 2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnioną poprawę niezgodności w ofercie Energoinstal S.A., Al. Roździeńskiego 188 D, 40-203 Katowice (dalej - Energoinstal lub Energoinstal Katowice),

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Energoinstal, z powodu niezgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ w przypadkach wskazanych poniżej i szczegółowo opisanych w uzasadnieniu,

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Energoinstal, pomimo iż

stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji - w przypadkach wskazanych poniżej i szczegółowo opisanych w uzasadnieniu,

4) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Energoinstal pomimo, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny w przypadkach wskazanych poniżej i szczegółowo opisanych w uzasadnieniu,

5) art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp w.zw. z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Energoinstal pomimo, że oferta ta jest nieważna na, podstawie odrębnych przepisów z uwagi na pierwotną niemożność świadczenia wynikającą z nieprawidłowości z Harmonogramie Realizacji Kontraktu stanowiącym treść oferty Energoinstal, w przypadkach wskazanych poniżej i szczegółowo opisanych w uzasadnieniu:

1. Wariantowość oraz niezgodność z SIWZ oferty Energoinstal, polegająca na rozbieżności w terminie zakończenia prac nad fundamentem turbozespołu,

2. Wariantowość i niezgodność z wymaganiami SIWZ oferty Energoinstal polegająca na zaoferowaniu prowadzenia rozruchu instalacji przed zakończeniem prac budowlano-montażowych.

3. Niezgodność oferty Wykonawcy Energoinstal z treścią SIWZ polegająca na zaoferowaniu nieprawidłowego realizacji Kontraktu,

4. Zaoferowanie świadczenia niemożliwego i złożenie oferty wariantowej poprzez zadeklarowanie nierealnych czasów wykonania pk. 3 - „Opracowanie/aktual' zacja projektu budowlanego. Przygotowanie i złożenie kompletnego wniosku do pozwolenia na budowę” oraz pkt 4 - Opracowanie kompletnego projektu podstawowego” w Harmonogramie Realizacji Kontraktu,

5. Czyn nieuczciwej konkurencji polegający na próbie uzyskania nieuprawionej przewagi poprzez niedozwolone zmiany w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym oraz próba spowodowania częściowej niemożności wykonania umowy z powodów leżących po stronie Zamawiającego.

6. Nie ujęcie w pkt. 7.1 - 7.8 Harmonogramu Rzeczowo- Finansowym robót budowlano- montażowych, które miały być zrealizowane w ramach realizacji kontraktu.

7. Zaoferowanie Harmonogramu Realizacji Kontraktu bez uwzględnienia wszystkich Kluczowych. Etapów Realizacji Kontraktu.

8. Niezgodność z SIWZ poprzez zaoferowanie wykonania prac budowlanych nie na podstawie dokumentacji projektowej.

9. Zaoferowanie rozpoczęcia wykonania prac budowlanych bez przejęcia Terenu Budowy- zaoferowanie oferty wariantowej, niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz świadczenia niemożliwego do wykonania.

6) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Sener sp.z o.o., ul.

Żelazna 28/30. 00-832 Warszawa, Sener Ingeniería y Sistemas S.A., Avda de Zugazarte 56, 48930 Las Arenas (Vizcaya), Hiszpania (dalej - Konsorcjum Sener), z powodu, niezgodności treści oferty z SIWZ, opisanych w cz. II pkt 1-12 uzasadnienia odwołania,

7) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia, a następnie odrzucenia oferty Wykonawców Energoinstal oraz Sener, w przypadkach wskazanych w uzasadnieniu, oraz innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Zgłaszając powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert Wykonawców - Energoinstal oraz Konsorcjum Sener z powodów wskazanych w uzasadnieniu.

W ramach zwięzłego przedstawienia zarzutów stwierdził, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Energoinstal z następujących powodów, wskazując na:

1. Wariantowość oraz niezgodność z SIWZ oferty Energoinstal, polegająca na rozbieżności w terminie zakończenia prac nad fundamentem turbozespołu,

2. Wariantowość i niezgodność z wymaganiami SIWZ oferty Energoinstal polegająca na zaoferowaniu prowadzenia rozruchu instalacji przed zakończeniem prac budowlano-montażowych,

3. Niezgodność oferty Wykonawcy Energoinstal z treścią SIWZ polegająca na zaoferowaniu nieprawidłowego terminu realizacji Kontraktu,

4. Zaoferowanie świadczenia niemożliwego i złożenie oferty wariantowej poprzez zadeklarowanie nierealnych czasów wykonania pkt 3 - „Opracowanie/aktualizacja projektu budowlanego. Przygotowanie i złożenie kompletnego wniosku do pozwolenia na budowę” oraz pkt 4 – „Opracowanie kompletnego projektu podstawowego” w Harmonogramie Realizacji Kontraktu,

5. Czyn nieuczciwej konkurencji polegający na próbie uzyskania nieuprawionej przewagi poprzez niedozwolone zmiany w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym oraz próba spowodowania częściowej niemożności wykonania umowy z powodów leżących po stronie Zamawiającego,

6. Nie ujęcie w pkt. 7.1 - 7.8 Harmonogramu Rzeczowo- Finansowym robót budowlano - montażowych-które miały być zrealizowane w ramach realizacji kontraktu,

7. Zaoferowanie Harmonogramu Realizacji Kontraktu bez uwzględnienia wszystkich Kluczowych Etapów Realizacji Kontraktu. 8. Niezgodność z SIWZ poprzez zaoferowanie wykonania prac budowlanych nie na podstawie dokumentacji projektowej,

9. Zaoferowanie rozpoczęcia wykonania prac budowlanych bez przejęcia Terenu Budowy - zaoferowanie oferty wariantowej, niezgodnej ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz świadczenia niemożliwego do wykonania.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający podjął bezpodstawną decyzję o nie udostępnieniu mu części niejawnej ofert Energoinstal oraz Konsorcjum Sener.

Zwrócił także uwagę na wspólne błędy i nieprawidłowości w ofertach Energoinstal oraz Konsorcjum Sener, które jak domniemał wystąpiły w części niejawnej ofert, ale nie stały się podstawą odrzucenia ofert tych wykonawców:

1. W cz. jawnej ofert Wykonawców Energoinstal i Sener (w rozdziale 4 oferty Wykonawcy SENER dane techniczne pkt. 4.1.2.2 Obracarka) - brak jest informacji o wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ zapewnieniu rezerwowania zasilania na poziomie wyższym podrozdzielnic 0,4kV,

2. W formularzu oferty (ZWN ID W Załącznik nr 3 str.35 pkt. 1.1) Zamawiający wymagał zamieszczenia schematów technologicznych dla układów: - parowo-wodnego, - wody chłodzącej, - pomocniczych systemów technologicznych, - innych instalacji objętych Kontraktem, i wyprowadzenia mocy, - układu zasilania potrzeb własnych Turbozespołu, - układu AKPiA,

3. W formularzu oferty (ZWN ID W Załącznik nr 3 str.35 pkt. 1.1) Zamawiający wymagał zamieszczenia charakterystyk akustycznych poszczególnych urządzeń,

4. W formularzu oferty (ZWN IDW Załącznik nr 3 str.35 pkt. 1.3)-Zamawiający wymagał zamieszczenia w ofercie opisu uruchomień z podaniem krzywych rozruchowych, odstawień, wraz z wyłączeniami awaryjnymi (z krzywymi parametrów przy odstawieniach),

5. W formularzu oferty (ZWN IDW Załącznik nr 3 str.35 pkt. 1.4) Zamawiający wymagał zamieszczenia krzywych korekcyjnych,

6. W formularzu oferty (ZWN IDW Załącznik nr 3 str.35 pkt. 1.6) Zamawiający wymagał zamieszczenia zestawienia napędów elektrycznych z podaniem mocy obliczeniowej w określonych warunkach pracy Turbozespołu,

7. W formularzu oferty (ZWN IDW Załącznik nr 3 str.35 pkt. 1.8) Zamawiający wymagał pokazania na rysunkach głównych tras kablowych,

8. Zamawiający w rozdziale 1 pkt. 1.1.2.6 Załącznika nr 1E do PFU określił dopuszczalny czas trwania zwarcia na zaciskach transformatora blokowego nie krótszy niż 3 sekundy,

9. Zamawiający w rozdziale 2 pkt. 2.6.1 Załącznika nr 1A do PFU określił wymagania dla zabezpieczenia fundamentu turbozespołu - „Płyta górna i słupy zostaną zabezpieczone powłoką cienkowarstwową chemoodporną nieiskrzącą, antypoślizgową”,

10. Zgodnie z „Decyzją o warunkach zabudowy” wydaną przez Prezydenta Miasta Dąbrowy Goi n tzej woj. Śląskie nr WUA.6730.110.2012.AM (T.8046) z dnia 21.08.2012 dla budowy budynku, w którym zostaną zlokalizowane transformatory w p.4 gabaryty budynku określono: szerokość - 10m, długość - 20m, wysokość - 12m,

11. W formularzu oferty (ZWN IDW Załącznik nr 3 str.32 wstęp) Zamawiający określił, że w kwestionariuszach w pozycji „Producent” Wykonawca przedstawi listę co najwyżej trzech (3), potencjalnych producentów,

12. W ofercie wykonawcy SENER użyto sformułowania „Do zdefiniowania na etapie Projektu Wykonawczego”, co jest niedopuszczalne z uwagi na to, że Zamawiający wymagał konkretnych danych.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Energoinstal, pomimo niezgodności z wymaganiami SIWZ oraz wariantowością oferty w wielu aspektach wskazanych poniżej.

Przyznał, że Zamawiający uznał wprawdzie, iż ofertą wykonawcy Energoinstal podlega odrzuceniu, jednak nie wskazał wszystkich uchybień w treści tej oferty.

W ocenie Odwołującego winna ona zostać uznana za podlegającą odrzuceniu, również z uwagi na inne uchybienia.

W pierwszej kolejności wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ (SIWZ, str. 11, pkt. 13.2. ppkt. 1)): „Jako część Oferty Wykonawca wypełnia również zgodnie ze wskazówkami zawartymi w poszczególnych załącznikach do Kontraktu oraz przedkłada wraz z ofertą niżej wymienione Załączniki do Kontraktu :

- (,..) - Załącznik nr 3 do Kontraktu [Harmonogram Rzeczowo - Finansowy]
- Załącznik nr 4 do Kontraktu [Harmonogram Realizacji . Kontraktu] (...).”

Zwrócił uwagę, że Zamawiający wymagał złożenia wypełnionych dokumentów: „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy” (dalej również: HRF), jak i „Harmonogram Realizacji Kontraktu” (dalej również: HRK), a harmonogramy te stanowiły treść oferty.

O powyższym świadczy – zdaniem Odwołującego - zarówno umiejscowienie harmonogramów (załączniki do SIWZ), jak i informacje w nim zawarte - dane zawarte w obu harmonogramach stanowią oświadczenie woli Wykonawcy.

Wskazał, że dokumenty te określają merytoryczną stronę oferty, wskazując dokładnie sposób jej realizacji, co miało szczególnie istotne znaczenie z uwagi na przedmiot postępowania, a więc zadanie realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, która określa zadanie inwestycyjne, w którym Wykonawca jest odpowiedzialny za wykonanie prac projektowych oraz budowlano-montażowych.

Podniósł, że interesem Zamawiającego tak skomplikowanego technologicznie oraz organizacyjne zadania, jest sprawdzenie potencjału Wykonawcy, poprzez wymóg złożenia na etapie postępowania przetargowego prawidłowo sporządzonych i spójnych harmonogramów realizacji zadania, co zostało wyrażone postanowieniem SIWZ (pkt 5.8, cz. II SIWZ. PFU): „Wykonawca przedstawi Harmonogram Realizacji Kontraktu w postaci wydruku z programu Microsoft Project. Harmonogram Realizacji Kontraktu zostanie opracowany w formie umożliwiającej jego rozbudowę i uszczegóławianie w trakcie realizacji Przedmiotu Kontraktu, na potrzeby sporządzenia Programu Prac, przy wykorzystaniu programu Microsoft Project. Harmonogram Realizacji Kontraktu uwzględnia terminy Kluczowych Etapów Realizacji Kontraktu zawarte w Załączniku nr 3 do Kontraktu (Harmonogram Rzeczowo - Finansowy- przyp. Odwołujący)”.

Wskazał, że obydwie harmonogramy (HRF oraz HRK) to elementy oferty, które należało sporządzić zgodnie z wymaganiami SIWZ i stanowią one elementy oświadczenia woli zawartego w ofercie, w szczególności sposób opisujący sposób realizacji kontraktu.

Tym samym – według Odwołującego - wszelkie niezgodności, zarówno w „Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym”, jak i „Harmonogramie Realizacji Kontraktu”, należy badać z uwzględnieniem art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowo wskazał, że postanowienia SIWZ określają Harmonogram Realizacji Kontraktu złożony w ofertach poszczególnych Wykonawców, jako podstawowy dokument, który bezpośrednio odpowiada za sposób realizacji Zamówienia (SIWZ Część III— Kontrakt, str.30, pkt 8.3. Harmonogram).

Zauważył, że w innym fragmencie Kontraktu Zamawiający sprecyzował swoje oczekiwania, co do zasad i standardów, jakimi muszą kierować się Wykonawcy podczas realizacji przedmiotu Zamówienia (SIWZ Część III - Kontrakt, str.3, pkt 3).

Zdaniem Odwołującego jak wynika z powyższego, wszelkie zapisy w Harmonogramie Realizacji Kontraktu złożonym przez poszczególnych Wykonawców, które nie pozwalają na realizację Kontraktu zgodnie z powyższymi zapisami (SIWZ Część III - Kontrakt, str.3, pkt 3), stanowią o niezgodności danej oferty z zapisami SIWZ oraz jej wariantowości, a pomimo tego Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Energoinstal z powodu wariantowości oraz niezgodności z SIWZ oferty Energoinstal polegającej na rozbieżności w terminie zakończenia prac nad fundamentem turbozespołu(pierwszy zarzut).



Zaznaczył, że Wykonawca Energoinstal w Harmonogramie Realizacji Kontraktu (str. 535 oferty tego Wykonawcy) zadeklarował zakończenie realizacji etapu „Budowa fundamentu Turbozespołu” w 11 miesiącu od podpisania Kontraktu (str. 535 oferty Wykonawcy Energoinstal), równocześnie deklarując w Harmonogramie Rzeczowo Finansowym, pkt 7.1., iż „data odbioru etapu Fundament turbiny” nastąpi w 10 miesiącu od podpisania Kontraktu.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z zapisami ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja II: Przedmiot Zamówienia, pkt. II. 1.9) Informacje o ( ofertach wariantowych) a; Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych.

Mając na uwadze powyższe oferta Energoinstal – według Odwołującego - powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1, pkt 2.

Podniósł, że wskazana zawartość oferty Wykonawcy Energoinstal stanowi o jej wariantowości oraz stoi w jawnej sprzeczności z cytowanym już wcześniej zapisem SIWZ (pkt 5.8, II SIWZ, PFU): „Harmonogram Realizacji Kontraktu uwzględnia terminy Kluczowych Etapów Realizacji Kontraktu zawarte w Załączniku nr 3 do Kontraktu (Harmonogram Rzeczowo - Finansowy - przyp. Odwołujący)”.

Uważał, że powyższe stanowi dowód na niezgodność oferty z zapisami SIWZ, a Wykonawca Energoinstal w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym wskazał termin odbioru fundamentu turbiny na 10 miesiąc realizacji Kontraktu, żądając tym samym zapłaty za jego wykonanie w tym terminie, podczas gdy, zgodnie z Harmonogramem Realizacji Kontraktu, budowa fundamentu zostanie ukończona dopiero w 11 miesiącu.

Zdaniem Odwołującego tego rodzaju działanie świadczy o chęci uzyskania nieuprawnionej przewagi nad pozostałymi Wykonawcami (uzyskanie dodatkowego czasu na realizację Kluczowych Etapów, przy jednoczesnym otrzymaniu płatności przed ich faktyczną realizacją), co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i również powinno być powodem do odrzucenia oferty Wykonawcy Energoinstal. Przez takie działanie - Wykonawca zapewnić chciał sobie, że otrzyma środki finansowe przed zakończeniem wykonywania danego elementu.

Na marginesie należy dodać, że niniejsza niezgodność nie jest również możliwa do poprawy na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Następnie zarzucił(drugi zarzut) wariantowość i niezgodność z wymaganiami SIWZ oferty Energoinstal polegającą na zaoferowaniu prowadzenia rozruchu instalacji przed zakończeniem prac budowlano-montażowych.

Wskazał przy tym, że Wykonawca Energoinstal w Harmonogramie Realizacji Kontraktu (str. 535 oferty tego Wykonawcy) zadeklarował zakończenie realizacji poszczególnych zadań, odpowiednio:

- a) Pkt. 23: „Zasilanie w pozostałe media, odprowadzanie ścieków przemysłowo deszczowych”; 18.08.2014,
- b) Pkt. 30: „Montaż turbozespołu”; 31.07.2014,
- c) Pkt.32: „Dostawa i montaż układów pary, wody chłodzącej, zasilającej”; 31.07.2014,
- d) Pkt.35: „Dostawa i montaż instalacji AKPiA, systemu DCS”; 31.07.2014,
- e) Pkt. 36: „Roboty wykończeniowe w Maszynowni”; 1.08.2014r., oświadczając równocześnie w pkt. 42 HRK, iż etap "Rozruchu" rozpocznie się 2.06.2014.

Wynika z powyższego, iż Wykonawca Energoinstal w swojej ofercie zaproponował Zamawiającemu realizację czynności rozruchowych, bez uprzedniego zakończenia prac montażowych, co stoi – zdaniem Odwołującego - w sprzeczności z postanowieniem SIWZ (Zał. 1K do PFU, pkt.2.1. ppkt.I); „Po zakończeniu montażu kolejnym etapem realizacji Przedmiotu Kontraktu będzie Rozruch, w trakcie którego Wykonawca przeprowadzi sprawdzenie funkcjonowania urządzeń, instalacji i układów technologicznych Przedmiotu Kontraktu pod obciążeniem, z udziałem czynników procesowych” jak również z postanowieniem SIWZ (Zał. 1K do PFU, pkt.2. ppkt.14), które zostało dodane do SIWZ w wyniku odpowiedzi Zamawiającego na pytania Wykonawców z dnia 30.10.2012r, pismem o sygnaturze TW/WN/JS/110/2012 odpowiedź na Pytanie 1): „Pomyślne zakończenie robót budowlano-montażowych i wykazanie gotowości do Rozruchu zostanie potwierdzone podpisaniem przez Strony protokołu gotowości Przedmiotu Kontaktu do Rozruchu”.

Argumentował, że przed przystąpieniem do Rozruchu Wykonawca zobowiązany jest do zakończenia wszystkich prac budowlano montażowych, tymczasem jak wynika z HRK załączonego do oferty Wykonawcy Energoinstal planuje przeprowadzić Rozruch bez zakończenia wszystkich prac, w tym tak ważnych jak „Montaż turbozespołu”.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający powinien – według Odwołującego - odrzucić ofertę Energoinstal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, ponieważ jest treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zwrócił przy tym uwagę, że wykonawca Energoinstal zamierza zakończyć czynności rozruchowe 14.07.2014, a więc przed zakończeniem prac budowlano- montażowych, co wyraźnie obrazuje przedłożony przez niego Harmonogram Realizacji Kontraktu (str. 535 oferty Wykonawcy Energoinstal).

Tak zaoferowana kolejność i czas trwania poszczególnych zadań sprawia, iż dla części instalacji wykonanych w ramach prac budowlano- montażowych nie będzie możliwe przeprowadzenie rozruchów, a zatem taki Harmonogram Realizacji Kontraktu uniemożliwia dokonanie odbioru obiektu budowlanego i w konsekwencji realizację całego Kontraktu, a Zamawiający w stanowiącym załącznik do SIWZ: Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, będącym załącznikiem nr p do Kontraktu wymagał, aby zakończenie robót budowlano montażowych nastąpiło w 18 miesiącu, (Załącznik nr 3 do Kontraktu).

Podkreślił przy tym, że według HRK złożonego przez Wykonawcę Energoinstal wszystkie zadania o charakterze budowlano-montażowym, wymienione powyżej w pkt 2.a) - 2.e) mają termin odbioru w 19 lub 20 miesiącu od podpisania Kontraktu, co z uwagi na wymagane w HRF zakończenie tego typu prac w 18 miesiącu stoi w jawnej sprzeczności z cytowanym już wcześniej zapisem SIWZ (pkt 5.8, cz. II SIWZ, PFU): „Harmonogram Realizacji Kontraktu uwzględnia terminy Kluczowych Etapów Realizacji Kontraktu zawarte w Załączniku nr 3 do Kontraktu (Harmonogram Rzeczowo - Finansowy - przyp. Odwołujący)”.

Podkreślił i wskazał również, iż jeżeli by przyjąć, iż wskazanie w HRK czasu trwania zadań z pkt: 23, 30, 32, 35 36 stanowiło omyłkę Wykonawcy Energoinstal, to jednak w ofercie tego Wykonawcy nie znajdują się wystarczające informacje, które umożliwiłyby ich poprawę.

Dla przykładu podał, że Zamawiający nie ma podstaw, aby wywieść z innych fragmentów oferty, Energoinstal, kiedy powinno rozpocząć i zakończyć się zadanie: „Dostawa i montaż układów pary, wody: chłodzącej, zasilającej” (pkt 32 HRK tegoż Wykonawcy).

Zarzucił, że w niniejszym przypadku jest to o tyle istotne, że zamawiający - na podstawie treści oferty - nie był w stanie uzyskać wiedzy, w jaki sposób poprawić harmonogram realizacji kontraktu, choćby wspomnianą poz. 32 harmonogramu realizacji kontraktu.

Zwrócił, że wyjaśnienia uzyskane w wyniku wezwania w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp nie mogą prowadzić do jakichkolwiek zmian w treści oferty danego wykonawcy.

Dodał przy tym, iż zgodnie z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, a w przedmiotowej sprawie wykonanie rozruchu jest niemożliwe przed wykonaniem zadań budowlano-montażowych określonych w HRK pod pkt.: 23, 30, 32, 35 36, co jest wymogiem SIWZ (Zał. 1K do PFU, pkt.2.1. ppkt.1): „Po zakończeniu montażu kolejnym etapem realizacji Przedmiotu Kontraktu będzie Rozruch, w trakcie którego Wykonawca przeprowadzi sprawdzenie funkcjonowania urządzeń, instalacji i układów technologicznych Przedmiotu Kontraktu pod obciążeniem, z udziałem czynników procesowych”.

Przekonywał, że wykonywanie rozruchów dopiero po zakończeniu prac budowlano-montażowych jest również elementarną zasadą sztuki budowlanej i wiedzy technicznej, i należy przyjąć, iż zaoferowanie przez Wykonawcę Energoinstal rozpoczęcia rozruchów przed zakończeniem prac budowlano-montażowych, jak również zakończenie rozruchów przed zakończeniem prac budowlano-montażowych nosi znamiona świadczenia niemożliwego i niezgodnego z zasadami sztuki budowlanej, i w konsekwencji Zamawiający powinien był zastosować art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego i odrzucić ofertę.

Trzeci zarzut dotyczył niezgodności oferty Wykonawcy Energoinstal z treścią SIWZ polegającą na zaoferowaniu nieprawidłowego terminu realizacji Kontraktu.

W uzasadnieniu do tego zarzutu Odwołujący podał, że Wykonawca Energoinstal w Harmonogramie Realizacji Kontraktu (str. 536 oferty tego Wykonawcy) zadeklarował zakończenie etapu „Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, przekazanie własności, przekazanie do eksploatacji komercyjnej”, będącego ostatnim zadaniem w ramach realizacji projektu, w dniu 15.09.2014, który to dzień jest terminem w 21 miesiącu od podpisania Kontraktu (oferta Wykonawcy Energoinstal, str. 536), co prowadzi to tego, że termin realizacji inwestycji zadeklarowany w ofercie Energoinstal wyniesie więcej niż 20 miesięcy od podpisania Kontraktu.

Zauważył, że Zamawiający wielokrotnie wskazywał, iż termin realizacji Inwestycji ma wynieść 20 miesięcy od podpisania Kontraktu i zrobił to m.in. w: a) Ogłoszeniu o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 stycznia 2012 (nr ogłoszenia 2012/S 18-029330, pkt.II.3)): b) Załączniku do SIWZ: Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, będącym załącznikiem nr 3 do Kontraktu (Załącznik nr 3 do Kontraktu).

Dla zaznaczenia niezgodności opisanego, powyżej w Harmonogramie realizacji Kontraktu Wykonawcy Energoinstal, z oczekiwaniami Zamawiającego, powołał się na cytowany wielokrotnie zapis SIWZ (pkt 5.8, cz. II SIWZ, PFU):

„Harmonogram Realizacji Kontraktu uwzględnia Realizacji Kontraktu zawarte w Załączniku nr 3 do Kontraktu (Harmonogram Rzeczowo - Finansowy - przyp. Odwołujący)”.

Reasumując, podkreślił, że konieczność prawidłowego sporządzenia Harmonogramu Realizacji Kontraktu stanowiła wymóg merytoryczny, również w przedmiotowym postępowaniu i niespełnienie wymogów w zakresie treści tego dokumentu - powoduje niezgodność treści oferty z wymaganiami SIWZ i w konsekwencji - konieczność odrzucenia tej oferty.

Odwołujący podniósł równocześnie z ostrożności, iż ewentualne zmiany treści oferty Wykonawcy Energoinstal tak, aby odpowiadała treści SIWZ w zarzucanym powyżej zakresie, przeprowadzane przez Zamawiającego w trybie art. 87. ust.2 ustawy Pzp miałyby charakter nieuprawniony i stanowiłyby naruszenie ustawy Pzp, gdyż z żadnego fragmentu oferty Wykonawcy Energoinstal nie wynika inny precyzyjny termin zakończenia inwestycji, niż ten podany w Harmonogramie Realizacji Kontraktu.

Kolejny czwarty zarzut oparty był na tezie Odwołującego o zaoferowaniu świadczenia niemożliwego i złożenie oferty wariantowej poprzez zadeklarowanie nierealnych czasów ; wykonania pkt 3 - „Opracowanie/aktualizacja projektu budowlanego. Przygotowanie i złożenie kompletnego wniosku do pozwolenia na budowę” oraz pkt 4 – „Opracowanie kompletnego projektu podstawowego” w Harmonogramie Realizacji Kontraktu.

Zauważył, że Wykonawca Energoinstal w Harmonogramie Realizacji Kontraktu (str. 535 oferty tego Wykonawcy) oświadczył ,iż czas trwania wskazanych zadań z HRK, będzie następujący:

a) Pkt 3: „Opracowanie/aktualizacja projektu budowlanego. Przygotowanie i złożenie kompletnego wniosku do pozwolenia na budowę”; czas trwania: 1 dzień,

b) Pkt 4: „Opracowanie kompletnego projektu podstawowego”; czas trwania: 1 dzień.

Podkreślił, że czas wskazany przez Wykonawcę Energoinstal na wykonanie powyższych opracowań jest niemożliwy do osiągnięcia.

Wskazał przy tym, że zakres prac niezbędnych do wykonania opracowania/aktualizacji projektu budowlanego, wraz ze złożeniem kompletnego wniosku do pozwolenia na budowę (pkt 3 HRK), jest co najmniej następujący:

- uprzednie zatwierdzenie Zamiennego Projektu Budowlanego przez Inwestora, - uzyskanie z powiatowego ośrodka geodezyjnego mapy do celów projektowych (dodatkowo mapę tą należy okluzulować),
- przeprowadzenie prac geodezyjnych, w terenie, - opracowanie Projektu Zagospodarowania Terenu,
- dokonanie uzgodnień z Zespołem Uzgodnień Dokumentacji projektowej w zakresie opracowanego Projektu Zagospodarowania Terenu,
- zaopiniowanie u rzeczoznawców ds. p.poż, BHP oraz Państwowej Inspekcji Sanitarnej Zamiennego Pozwolenia na Budowę.

Według Odwołującego dla przedmiotowego projektu, prawidłowo skalkulowany czas trwania zadania: „Opracowanie/aktualizacja projektu budowlanego. Przygotowanie i złożenie kompletnego wniosku do pozwolenia na budowę” wyniesie, co najmniej 40 dni, co jest potwierdzone choćby deklaracjami w tym zakresie zawartymi w ofertach pozostałych Wykonawców: Konsorcjum Sener (str. 450 oferty Wykonawcy Konsorcjum Sener, Harmonogram), jak i Control Process (str. 35 oferty Wykonawcy Control Process, Harmonogram Realizacji Kontraktu).

Odnosząc się do zakresu prac niezbędnego do wykonania kompletnego projektu podstawowego (pkt 4 HRK), jest on – według Odwołującego - co najmniej następujący:

- wydanie kart doboru urządzeń,
- wykonanie schematów i opracowań w branży AKPiA,
- wykonanie schematów i opracowań w branży elektrycznej,
- wykonanie rysunków i schematów technologicznych P&ID,
- wykonanie schematów procesowych (proces flow diagram),
- wykonanie bilansów materiałowych.

Zdaniem Odwołującego dla przedmiotowego projektu, prawidłowo skalkulowany czas trwania „Opracowanie kompletnego projektu podstawowego” wyniesie co najmniej 44 dni, co jest potwierdzone choćby deklaracjami w tym zakresie zawartymi w ofertach pozostałych Wykonawców: Konsorcjum Sener (str. 450 oferty Wykonawcy Konsorcjum Sener, Harmonogram) jak i Control Process (str. 35 oferty Wykonawcy Control Process, Harmonogram Realizacji Kontraktu).

Odwołujący zaznaczył przy tym, zgodnie z art.387 § 1 kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonanie poniższych zadań w ciągu jednego dnia spełnia przesłanki świadczenia niemożliwego:

a) Pkt 3: „Opracowanie/aktualizacja projektu budowlanego. Przygotowanie i złożenie kompletnego wniosku do pozwolenia na budowę”,

b) Pkt 4: „Opracowanie kompletnego projektu podstawowego”.

W ocenie Odwołującego w niniejszym przypadku Zamawiający powinien był zastosować art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego i odrzucić ofertę, w której zaoferowano niemożliwe wykonanie świadczenia, o którym mowa w poz. 3 i 4 Harmonogramu Realizacji Kontraktu.

Wywodził, że nawet jeżeli Zamawiający uznał, iż zadania z pkt 3 i 4 HRK da się wykonać w ciągu jednego dnia, to w niniejszej sytuacji zachodzi znaczne prawdopodobieństwo, że Energoinstal S.A. zaproponował inny niż opisany przez Zamawiającego sposób realizacji zamówienia, co Zamawiający powinien zbadać, co najmniej wzywając Wykonawcę Energoinstal do złożenia stosownych wyjaśnień, gdyż w sytuacji potwierdzenia się tej okoliczności oferta ta musiałaby być uznana za wariantową, co w konsekwencji prowadziłoby do konieczności jej odrzucenia.

Powyższe wskazuje – według Odwołującego - nie tyle na równoważność zaproponowanego rozwiązania, co jego wariantowość, a składanie ofert wariantowych nie było przez Zamawiającego dopuszczone, a definiując pojęcie oferty wariantowej w art. 2 pkt. 1 ustawy Pzp ustawodawca wskazuje, iż ofertę wariantową charakteryzuje właśnie odmienny sposób wykonania zamówienia, tj. prezentuje ona inną niż przyjęta przez Zamawiającego koncepcję uzyskania tego samego efektu za pomocą innych rozwiązań technicznych.

Ponadto argumentował, że gdyby założyć możliwość realizacji obu opracowań (pkt 3 oraz 4 HRK) w ciągu jednego dnia, to należałoby uznać, iż ich wykonanie odstawało by od przyjętych, stosowanych, oraz wymaganych przez ustawę Prawo budowlane zasad, stojąc w wyraźnej sprzeczności z wymogami SIWZ (SIWZ Część III - Kontrakt, str.3, pkt 3).

Podkreślił w tym przypadku, że w 1 dzień (jeden dzień) żaden wykonawca nie jest w stanie sporządzić projektu budowlanego w tym zadaniu z należytą starannością oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz obowiązującymi normami.

Jak więc wynika jednoznacznie z powyższej argumentacji, zaoferowana przez Wykonawcę Energoinstal oferta powinna zostać odrzucona na podstawie innych przepisów

(art. 387 § 1 kc), bowiem nosi ona znamiona oferty wariantowej oraz nie odpowiada treści SIWZ, i w konsekwencji powinna zostać odrzucona również z tych powodów.

W ramach piątego zarzutu podniósł, że oferta konkurencyjna stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na próbie uzyskania nieuprawionej przewagi poprzez niedozwolone zmiany w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym oraz na próbie spowodowania częściowej niemożności wykonania umowy z powodów leżących po stronie Zamawiającego.

Zwrócił uwagę, że Wykonawca Energoinstal w Harmonogramie Rzeczowo Finansowym (str. 533 oferty tego Wykonawcy) dokonał modyfikacji przedmiotowego Harmonogramu polegającej na usunięciu Kluczowego Etapu Realizacji Kontraktu: „Uzyskanie/zmiana ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę” (pkt. 5 HRF stanowiącego element SIWZ: Załącznik nr 3 do Kontraktu), oraz wprowadzeniu nowego: „Założenia pod fundament turbozespołu” (str. 533 oferty Wykonawcy Energoinstal).

Wskazał w tym miejscu, że informacje techniczne zawarte w „Założeniach pod fundamenty turbozespołu” stanowią podstawę do rozpoczęcia etapu: „Opracowanie kompletnego projektu podstawowego” (pkt.4 HRF Wykonawcy Energoinstal), zaś Założenia pod fundament (stanowiący obiekt budowlany) stanowią informacje niezbędne do opracowania projektu podstawowego.

Dokonując – według zapatrywania Odwołującego - takiej modyfikacji, Wykonawca Energoinstal „zapewnia sobie” pewność co do płatności za Kluczowy Etap wskazany w pkt nr 5, już na Etapie nr 4, a Zamawiający nie przewidywał w dokumentacji przetargowej, jak również w odpowiedziach na pytania wykonawców, ani w innych dokumentach takiej możliwości.

Dodatkowo podkreślił, że Zamawiający przewidział karę za zwłokę w realizacji Kluczowego Etapu nr 5.

Przyznał, że opisana modyfikacja, stanowi nie tylko, jak słusznie zauważył Zamawiający, o niezgodność treści złożonej oferty z SIWZ, ale również w ocenie Odwołującego, złożenie oferty z taką modyfikacją stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy Energoinstal również z tego powodu.

Zwrócił uwagę, że zapewnienie przez Wykonawcę Energoinstal płatności za Etap nr 5 już na Etapie nr 4, eliminując równocześnie ryzyko naliczenia kar za zwłokę, zmniejsza



koszty ryzyk kontraktu, jakie powinien przyjąć Wykonawca Energoinstal i zyskuje tym samym nieuprawnioną przewagę nad pozostałymi Wykonawcami, którzy owej modyfikacji HRF nie dokonali.

Powołał się w tym zakresie na przepis art. 493 § 1 i kodeksu cywilnego zgodnie, z którym „jeżeli jedno ze świadczeń wzajemnych stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność strona zobowiązana, druga strona może, według swego wyboru, albo żądać naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania, albo od umowy odstąpić.”.

Podkreślił przy tym, że znane są powszechnie sposoby działania niektórych firm, które w sytuacji bardzo skomplikowanych przetargów usiłują przenieść ryzyko wykonania na Zamawiającego, który przyjmując ofertę w określonej treści (w przedmiotowym przypadku - o treści zmodyfikowanej w ten sposób, że usunięto Kluczowy Etapu Realizacji Kontraktu: „Uzyskanie/zmiana ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę” (pkt. 5 HRF stanowiącego element SIWZ: Załącznik nr 3 do Kontraktu), oraz wprowadzono nowy: „Założenia pod fundament turbozespołu” (str. 533 oferty Wykonawcy Energoinstal)) - doprowadza do tego, że można mu przypisać odpowiedzialność za niemożliwość świadczenia a tym samym - grozi mu odpowiedzialność odszkodowawcza.

W przypadku, gdy Zamawiającemu nie przypisze się odpowiedzialności - to zastosowanie może mieć przepis art. 495 § 1 kc dotyczący niemożności niezawinionej, który stanowi, że jeżeli jedno ze świadczeń wzajemnych stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które żadna ze stron odpowiedzialności nie ponosi, strona, która miała to świadczenie spełnić, nie może żądać świadczenia wzajemnego, a w wypadku, gdy je już otrzymała, obowiązana jest do zwrotu według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

W konsekwencji wskazał, że Energoinstal - nie zapłaciłby kary umownej za zwłokę, a zatem należy przyjąć, że złożona przez Wykonawcę Energoinstal oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i powinna zostać odrzucona również z tego powodu.

Odnosnie kolejnego szóstego już zarzutu Odwołujący podniósł nie ujęcie w pkt.7.1 - 7.8 Harmonogramu Rzeczowo- Finansowym robót budowlano – montażowych, które miały być zrealizowane w ramach realizacji kontraktu.

Zwrócił przy tym uwagę, że Wykonawca Energoinstal w Harmonogramie Rzeczowo- Finansowym (str. 533 oferty tego Wykonawcy) nie uwzględnił wykonania robót budowlano-

montażowych dla wszystkich wskazanych przez siebie etapów (oferta Wykonawcy Energoinstal., str. 533, HRF, pkt 7).

W związku z tym wskazał, że Zamawiający umożliwił Wykonawcom samodzielne określenie zakresów spośród wszystkich robót budowlano-montażowych, które będą stanowiły o rozliczeniu całości robót budowlano-montażowych w ramach Kontraktu, następującym zapisem SIWZ (Załącznik nr 3 do Kontraktu): „Wykonawca przedstawi w p.7, w kolumnie nr 2, prace, które w ramach Etapów Kluczowych będą wykonane i rozliczone miesięcznie zgodnie z oferowanym Harmonogramem Realizacji Kontraktu stanowiącym Załącznik nr 4 do Kontraktu”.

Dodatkowo zaznaczył, że Wykonawca miał przedstawić zgodnie z załącznikiem nr 3 do Kontraktu pkt 7: „Roboty budowlano montażowe w zakresie realizacji Kontraktu”.

Tymczasem zarzucił, że Wykonawca Energoinstal w przedłożonym przezeń Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym zawarł jedynie dostawę takich elementów jak:

- a) „podgrzewacze regeneracyjne” (pkt 7.3 HRF),
- b) „pompy kondensatu, wody ruchowej i skroplin” (pkt 7.4 HRF),
- c) „turbozespół” (pkt 7.5 HRF),
- d) „materiały dla instalacji technologicznych” (pkt 7.5 HRF),
- e) „transformatory i mosty szynowe” (pkt 7.7 HRF),

przez co w oczywisty sposób zmierzał do korzystnej dla siebie zmiany sposobu finansowania realizacji Kontraktu, gdyż zażądał w ten sposób zapłaty bezpośrednio po dostawie tych elementów na budowę, a nie jak pozostali wykonawcy - po dostawie i montażu na obiekcie, które to czynności zajmują co najmniej kilka tygodni/miesięcy.

Podkreślił także, iż Wykonawca Energoinstal wyraźnie rozróżnia zakresy prac obejmujące „dostawy” oraz „dostawy i montaż”, ponieważ o ile w pkt 7.3 - 7.7 HRF określa on zakres prac jako „dostawy”, to już w pkt. 7.8 pisze on o „dostawie i montażu” (oferta Wykonawcy Energoinstal, str. 533, HRF, pkt 7.8).

Z powyższego wnioskował, że konkurent przyjmował celowo rozróżnienie poszczególnych punktów HRF Wykonawcy Energoinstal na obejmujące „dostawę” jak i „dostawę i montaż”, a zatem było wszelkie zmiany, w toku wezwania do wyjaśniania złożonej oferty w tym zakresie miały by charakter negocjacji oferty pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą i były działaniem niezgodnym z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazał, że opisywana rozbieżność z SIWZ została dostrzeżona przez Zamawiającego, który swoim pismem z 28.01.2013r. zwrócił się w związku z nią do Wykonawcy Energoinstal (pismo Zamawiającego z dnia 28.01.2013 o sygnaturze TW/WN/JS/19/2013).

Na powyższą prośbę o potwierdzenie, wykonawca Energoinstal odniósł się swoim pismem z 31.01.2013r. (pismo Wykonawcy Energoinstal z 31.01.2013).

Powyższe wezwanie do potwierdzenia zmian w ofercie, wraz z otrzymaną odpowiedzią w ocenie Odwołującego posiada charakter poprawy „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia”, które to działanie Zamawiającego było nieuprawnione, ponieważ z żadnego fragmentu oferty Wykonawcy Energoinstal (w szczególności w pkt 24 HRK do którego w swojej odpowiedzi odnosi się Wykonawca Energoinstal; nie wynika, iż oferuje on montaż „podgrzewaczy regeneracyjnych” (pkt 7.2. HRK Wykonawcy Energoinstal) w terminie do 12 miesiąca od podpisania kontraktu (jak wynikało by to z HRK po przyjęciu jego wyjaśnień z dnia 31.01.2013r.).

W powyższych wywodach odwołał się do jednolitego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które zauważa nieprawidłowość działania polegającego dodatkowych wyjaśnieniach i czynnościach przed poprawieniem omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podkreślił, że w niniejszym przypadku wyjaśnienia i potwierdzenia przez wykonawcę doprowadziły do wytworzenia zupełnie odmiennego oświadczenia woli wykonawcy.

Podniósł także, że działanie Energoinstal polegające na wykreślaniu i przedstawianiu nowych pozycji, jak również na przestawieniu kolejności pozycji nie może być uznane za „omyłkę”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego przyjął, że Zamawiający nie był uprawniony do wyjaśnień prowadzących do poprawy oferty.

Zaznaczył również, że samo złożenie w ofercie ogólnych oświadczeń o tym, że Wykonawca ma intencję złożyć ofertę zgodną z wymaganiami SIWZ - jest niewystarczające.

Nadto podkreślił, że nieprawidłowo sporządzony harmonogram rzeczowo - finansowy - jest zgodnie z jednolitym orzecznictwem kio - powodem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Tym samym - w niniejszej sytuacji – w ocenie Odwołującego - brak zaoferowania dostawy i montażu, a jedynie dostawy ww. elementów - stanowi o tym, że oferta w tym zakresie nie odpowiada wymaganiom SIWZ oraz prowadzi do zmiany sposobu finansowania realizacji Kontraktu w ten sposób, że Energoinstal mógł przyjąć do oferty niższe koszty finansowania kontraktu niż pozostali Wykonawcy, a wszelkie próby zmian Harmonogramu Rzeczowo- Finansowego Wykonawcy Energoinstal podejmowane przez Zamawiającego wezwaniem do wyjaśnień złożonej oferty noszą cechy negocjacji oferty.

W zakresie siódmego zarzutu polegającego na zaoferowaniu Harmonogramu Realizacji Kontraktu bez uwzględnienia wszystkich Kluczowych Etapów Realizacji Kontraktu Odwołujący podniósł, że Wykonawca Energoinstal w Harmonogramie Realizacji Kontraktu (str. 535 - 536 oferty tego Wykonawcy) nie uwzględnił następujących Kluczowych Etapów Realizacji Kontraktu, stanowiących odpowiednio punkty Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego:

- a) „Zaliczka”; pkt 2 HRF,
- b) „Dostawa podgrzewaczy regeneracyjnych”; pkt 7.3 HRF,
- c) „Dostawa materiałów dla instalacji technologicznych” ; pkt 7.6 HRF,
- d) „Dostawa i montaż armatury głównej”; pkt 7.8 HRF.

Wskazał, iż pojawiający się już wielokrotnie w niniejszym piśmie zapis SIWZ stanowi, iż terminy wykonania Kluczowych Etapów Realizacji Kontraktu z HRF, muszą znaleźć swoje odzwierciedlenie w HRK (pkt 5.8, cz. II SIWZ, PFU): „Harmonogram Realizacji Kontraktu uwzględnia terminy Kluczowych Etapów Realizacji Kontraktu zawarte w Załączniku nr 3 do Kontraktu (Harmonogram Rzeczowo - Finansowy - przyp. Odwołujący)”.

W świetle powyższego zarzucił, że Wykonawca Energoinstal nie zamieścił wspomnianych wyżej Kluczowych Etapów Realizacji Kontraktu w złożonym w swojej ofercie Harmonogramie Realizacji Kontraktu, co stanowi o klasycznej niezgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ, polegającej na braku wymaganych elementów w treści oferty.

Ponadto zaznaczył, że brak ten uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację, czy harmonogram realizacji zadania oferowany przez tego Wykonawcę został sporządzony prawidłowo, w oparciu o Harmonogram Rzeczowo -Finansowy, co do której prawidłowości Zamawiający może mieć uzasadnione obawy, choćby w związku z szeregiem rozbieżności jakie Odwołujący wskazuje w odwołaniu.

Podkreślił, że braki określenia „Kluczowych etapów realizacji kontraktu” w Harmonogramie Realizacji Kontraktu - mogą stanowić kategorię błędów w ofercie polegający

na „nie opisaniu” wymaganego elementu w ofercie, a zatem zaoferowany przez Wykonawcę Energoinstal Harmonogram Realizacji Kontraktu nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona również z tego powodu.

Ósmy zgłoszony zarzut dotyczył niezgodności z SIWZ oferty konkurenta poprzez zaoferowanie wykonania prac budowlanych nie na podstawie dokumentacji projektowej.

Wskazał, że zgodnie z wymaganiami SIWZ: „wszelkie prace powinny być prowadzone na podstawie projektu wykonawczego, do opracowania, którego podstawę stanowi zatwierdzony przez zamawiającego projekt podstawowy”, podczas gdy Wykonawca Energoinstal - w pkt 20 Harmonogramu Realizacji Kontraktu przed wykonaniem projektu podstawowego zaoferował wykonanie prac: „Przygotowanie dróg dojazdowych tymczasowych na okres budowy”, co stoi w sprzeczności z wymogiem Zamawiającego, iż prace nie powinny zostać rozpoczęte przed zaakceptowaniem projektu podstawowego (oferta Wykonawcy Energoinstal, str. 535, HRK).

W kontekście powyższego zarzutu wskazał na możliwość wykorzystywania takich niezgodności na etapie wykonania zamówienia i żądanie przez Wykonawcę odszkodowań, dodatkowego wynagrodzenia lub nie wykonywanie niektórych elementów w związku z art. 493 i 495 Kodeksu cywilnego.

W zakresie dziewiątego zarzutu podniósł okoliczność zaoferowania rozpoczęcia wykonania prac budowlanych bez przejęcia Terenu Budowy - zaoferowania oferty wariantowej, niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz świadczenia niemożliwego do wykonania.

Zaznaczył, że Wykonawca Energoinstal w Harmonogramie Realizacji Kontraktu (str. 535 oferty tego Wykonawcy) w pkt 2 zadeklarował rozpoczęcie etapu prac: „Zagospodarowanie terenu” w terminie 28.01.2013, tymczasem przekazanie terenu budowy wg tego samego HRK (poz. 20: „Rozpoczęciem realizacji kontraktu, przekazaniem ,Terenu Budowy”) ma nastąpić 31.01.2013.

Zdaniem Odwołującego taka kolejność realizowania poszczególnych zadań w ramach Kontraktu jest niezgodna z zasadami sztuki budowlanej, powszechnymi przepisami dotyczącymi realizacji prac inżynieryjno-budowlanych, powszechną praktyką budowlaną oraz ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane.

Powyższy błąd HRK stanowi – w ocenie Odwołującego - o niezgodności z zapisami SIWZ (SIWZ Część III - Kontrakt, str.3, pkt 3), a w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona również z tego powodu.

Kończąc powyższe rozważania na temat błędów znajdujących się w ofercie Wykonawcy Energoinstal, Odwołujący powołał się na postanowienie z Część III SIWZ: Kontrakt, str.30, pkt 8.3 Harmonogram SIWZ: „Realizacja Kontraktu będzie przebiegała w oparciu o Harmonogram Realizacji Kontraktu przedstawiony w Dokumentach Ofertowych Wykonawcy i stanowiący załącznik nr 4 [Harmonogram realizacji Kontraktu] do Kontraktu, zwany dalej Harmonogramem.”, wyrażając wątpliwość, co do właściwej realizacji kontraktu przy ofercie zawierającej rażące błędy, braki elementów/Kluczowych Etapów Realizacji kontraktu i sprzeczności czasowe w przedstawionym Harmonogramie.

Według Odwołującego Zamawiający ma obowiązki wynikające z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a poprzez zaniechanie wskazania w odrzuceniu oferty Energoinstal elementów dotyczących niezgodności tej oferty z treścią SIWZ - naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również zasadę równości i uczciwej konkurencji.

Druga grupa zarzutów wymierzonych przeciwko działaniom i zaniechaniu Zamawiającego dotyczyła podjęcia przez niego bezpodstawnej – zdaniem Odwołującego - decyzji o odmowie udostępnienia części niejawnej ofert Energoinstal oraz Konsorcjum Sener.

W ramach tych zarzutów zwrócił uwagę na wspólne błędy i nieprawidłowości w ofertach Energoinstal oraz Konsorcjum Sener, które jak domniemuje Odwołujący wystąpiły w części niejawnej ofert, ale nie stały się podstawą odrzucenia ofert tych wykonawców:

1. W cz. jawnej ofert Wykonawców Energoinstal i Sener (w rozdziale 4 oferty Wykonawcy SENER Dane techniczne pkt. 4.1.2.2 Obracarka) - brak jest informacji o wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ zapewnieniu rezerwowania zasilania na poziomie wyższym podrozdzielnicy 0,4kV.

Wskazał, że rozdziale 1 Załącznika nr 1A do PFU pkt. 2.2.1.6 Zamawiający wymagał rezerwowania : zasilania na poziomie wyższym podrozdzielnicy 0,4kV.

Podkreślił przy tym, że jeżeli w ofertach wykonawców SENER i Energoinstal (w części niejawnej) brakuje informacji potwierdzających spełnienie minimalnych wymagań określonych przez Zamawiającego, oferty tę są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone.

2. W formularzu oferty (ZWN IDW Załącznik nr 3 str.35 pkt. 1.1) Zamawiający wymagał zamieszczenia schematów technologicznych dla układów:

- parowo-wodnego,
- wody chłodzącej,
- pomocniczych systemów technologicznych,
- innych instalacji objętych Kontraktem,
- wyprowadzenia mocy,
- układu zasilania potrzeb własnych Turbozespołu,
- układu AKPiA.

Wskazał, że w cz. jawnej ofert Wykonawców Energoinstal i Sener - brakuje następującego schematu technologicznego: - instalacji zasilania potrzeb własnych.

Zwrócił przy tym uwagę, że jeżeli w ofertach wykonawców SENER i Energoinstal (w części niejawnej) brakuje schematów technologicznych lub części schematów, wymaganych przez Zamawiającego, oferty te są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone.

3. W formularzu oferty (ZWN IDW Załącznik nr 3 str.35 pkt. 1.1) Zamawiający wymagał zamieszczenia charakterystyk akustycznych poszczególnych urządzeń. W części jawnej ofert Wykonawców Energoinstal i Sener - brak charakterystyk akustycznych urządzeń.

Zwrócił uwagę, że jeżeli w ofertach wykonawco w :S ENE R i Energoinstal (w części niejawnej) brakuje charakterystyk akustycznych wymaganych przez Zamawiającego, oferty te są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone.

4. W formularzu oferty (ZWNIDW Załącznik nr 3, str.35 pkt, 1.3) Zamawiający wymagał zamieszczenia w ofercie opisu uruchomień z podaniem krzywych rozruchowych, odstawień, wraz z wyłączeniami awaryjnymi (z krzywymi parametrów przy odstawieniach). W części jawnej ofert Wykonawców Energoinstal i Sener - brak krzywych rozruchowych, odstawień i wyłączeń awaryjnych.

Zwrócił uwagę, że jeżeli w ofertach wykonawców SENER i Energoinstal (w części niejawnej) brakuje ww. krzywych wymaganych przez Zamawiającego, oferty te są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone.

5. W formularzu oferty (ZWN IDW Załącznik nr 3 str.35 pkt. 1.4) Zamawiający wymagał zamieszczenia krzywych korekcyjnych. W części jawnej ofert Wykonawców Energoinstal i Sener - brak krzywych korekcyjnych.

Zwrócił uwagę, że jeżeli w ofertach wykonawców SENER i Energoinstal (w części niejawnej) brakuje ww. krzywych wymaganych przez Zamawiającego, oferty te są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone.

6. W formularzu oferty (ZWN IDW Załącznik nr 3 str.35 pkt. 1.6) Zamawiający

wymagał zamieszczenia zestawienia napędów elektrycznych z podaniem mocy obliczeniowej w określonych warunkach pracy Turbozespołu. W części jawnej ofert Wykonawców Energoinstal i Sener - brak zestawienia napędów elektrycznych z podaniem mocy obliczeniowych w zależności od warunków pracy Turbozespołu. Zwrócił uwagę, że jeżeli w ofertach wykonawców SENER i Energoinstal (w części niejawnej) brakuje ww. zestawienia napędów wymaganego przez Zamawiającego, oferty te są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone.

7. W formularzu oferty (ZWN IDW Załącznik nr 3 str.35 pkt. 1.8) Zamawiający wymagał pokazania na rysunkach głównych tras kablowych. W części jawnej ofert Wykonawców Energoinstal i Sener - brak naniesionych głównych tras kablowych. Zwrócił uwagę, że jeżeli w ofertach wykonawców SENER i Energoinstal (w części niejawnej) nie zostały przedstawione rysunki z naniesionymi, głównymi trasami kablowymi wymaganymi przez Zamawiającego, oferty te są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone.

8. Zamawiający w rozdziale 1 pkt. 1.1.2.6 Załącznika nr 1E do PFU określił dopuszczalny czas trwania zwarcia na zaciskach transformatora blokowego nie krótszy niż 3 sekundy. Zauważył, że w części oferty Dane techniczne tabela 1.1 str. 165 Wykonawca SENER określił dopuszczalny czas trwania zwarcia na zaciskach transformatora blokowego równy 2 sekundy. Wobec powyższej niezgodności oferta Wykonawcy SENER nie spełnia wymagań SIWZ. Zwrócił uwagę, że jeżeli w ofertach wykonawców SENER i Energoinstal (w części niejawnej) określony został czas trwania zwarcia na zaciskach transformatora blokowego niezgodny z wymaganym przez Zamawiającego, oferty te są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone.

9. Zamawiający w rozdziale 2 pkt. 2.6.1 Załącznika nr 1A do PFU określił wymagania dla zabezpieczenia fundamentu turbozespołu - „Płyta górna i słupy zostaną zabezpieczone powłoką cienkowarstwową, chemoodporną, nie iskrzącą, antypoślizgową”. Wskazał, że w rozdziale części oferty Dane techniczne tabela 7.1 str. 199 Wykonawca SENER określił zabezpieczenie fundamentu poprzez - „Ściany będą pokryte emulsją chiorokauczukową do wysokości 2 metrów od poziomu terenu”. Wobec powyższej niezgodności, oferta Wykonawcy – zdaniem Odwołującego - nie spełnia wymagań SIWZ. Zwrócił uwagę, że jeżeli w ofertach wykonawców SENER i Energoinstal (w części niejawnej) określone zostały wymagania dla zabezpieczenia fundamentu o gorszych parametrach niż wymaganych przez Zamawiającego, oferty te są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone.

10. Zgodnie z „Decyzją o warunkach zabudowy” wydaną przez Prezydenta Miasta Dąbrowy Górniczej woj. Śląskie nr WUA.6730.110.2012.AM (T.8046) z dnia 21.08.2012 dla budowy budynku, w którym zostaną zlokalizowane transformatory w p.4 gabaryty budynku określono: szerokość - 10m, długość - 20m, wysokość - 12m. Podniósł, że w części oferty Dane techniczne tabela 7.3 str. 202 Wykonawca SENER podał szerokość budynku



niezgodną z ww. warunkami zabudowy. Zwrócił uwagę, że jeżeli w ofertach wykonawców SENER i Energoinstal (w części niejawnej) wprowadzone są zmiany niezgodne z wymaganymi przez Zamawiającego, oferty te są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone.

11. W formularzu oferty (ZWN IDW Załącznik nr 3 str.32 wstęp) Zamawiający określił, że w kwestionariuszach w pozycji „Producent” Wykonawca przedstawi listę, co najwyżej trzech (3) potencjalnych producentów. W części oferty Dane techniczne tabela 4.3 str. 190 Wykonawca SENER podał 4 Producentów. Zwrócił uwagę, że jeżeli w ofertach wykonawców SENER i Energoinstal (w części niejawnej) zostały podane dane lub informacje niezgodne z wymaganymi przez Zamawiającego, oferty te są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone.

12. W ofercie wykonawcy SENER użyto sformułowania „Do zdefiniowania na etapie Projektu Wykonawczego” co jest niedopuszczalne z uwagi na to, że Zamawiający wymagał konkretnych danych. Zwrócił uwagę, że jeżeli w ofertach wykonawców SENER i Energoinstal (w części niejawnej) podano odpowiedzi wymijające wynikające z braku doboru konkretnych rozwiązań na etapie oferty a wymaganymi przez Zamawiającego, oferty te są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone.

Reasumując podniósł, że ww niezgodności powinny stanowić podstawę do stwierdzenia niezgodności treści ofert Energoinstal oraz Sener z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący stanął na stanowisku, że nieprawidłowości opisane w poprzednich punktach - nie mogą zostać uznane za „inne omyłki” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i poprawione przez Zamawiającego, gdyż taka czynność Zamawiającego stanowiłaby zmianę treści ofert Wykonawców i prowadziłyby do negocjacji treści oferty.

Podkreślił, że wykonawcy ci musieliby złożyć dodatkowe oferty - w wyjaśnieniach, aby móc dokonać poprawy elementów w ich ofertach, a zatem Zamawiający powinien odrzucić oferty Wykonawców Energoinstal oraz Sener z powodów wskazanych powyżej.

Wykonawca Energoinstal S.A. zgłosił skutecznie swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 14 maja 2013r. Odwołujący cofnął zarzuty odwołania: nr 3, nr 4, nr 7, nr 8, nr 9 i wszystkie zarzuty omówione w części II uzasadnienia odwołania, i ograniczył się jedynie do podtrzymania zarzutów odwołania: nr 1, nr 2, nr 5, nr 6.

W następstwie tej czynności Zamawiający pismem z dnia 15 maja 2013r. uwzględnił odwołanie w całości.

**Sygn. akt: KIO 972/13**

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Odwołującego - Energoinstal S.A., wezwania Zamawiającego z dnia 24 grudnia 2013r., sygn.TW/WN/JS/164/2012, odpowiedzi na to wezwanie z dnia 9 stycznia 2013r., l.dz. DH/07/2013, wezwania Zamawiającego z dnia 28 stycznia 2013r., sygn. TW/WN/JS/19/2013, odpowiedzi na to wezwanie z dnia 9 stycznia 2013r., l.dz. DH/39/2013, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18 kwietnia 2013r., sygn. TW/WN/JS/53/2013, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 87 ust 2 pkt 3, art. 89 ust.1 pkt. 2, art. 91 ust.1 ustawy Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Odwołujący złożył ofertę, której treść pozostawała w sprzeczności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Analiza zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego skłoniła Izbę do przyjęcia zapatrywania, że powyższa kolizja występowała i przejawiała się w złożeniu przez Odwołującego oświadczenia woli w ofercie na stronie 000533 i 000536 w sposób kolidujący z pkt. 5 i 8 załącznika nr 3 do SIWZ - Harmonogram Rzeczowo – Finansowy.

Zdaniem Izby Odwołujący w sposób wyraźny pominął w swojej ofercie na stronie 000533 etap wyszczególnionych prac realizowanych w ramach Kluczowych Etapów Realizacji Kontraktu wyszczególniony pod l.p.5 załącznika nr 3 Harmonogram Rzeczowo – Finansowy występujący pod nazwą: „Uzyskanie/zmiana ostatecznej decyzji pozwolenia na

budowę” poprzez wykreślenie tego etapu i dopisanie nowego etapu „Założenia pod fundament”.

Według Izby powyższy Harmonogram Rzeczowo – Finansowy stanowi integralną część oferty zawierającą essentialia negotii odnoszące się do sposobu wykonania zamówienia, terminu jego wykonania, a także zastrzeżonych kar umownych i nie może być w żaden sposób modyfikowany mocą jednostronnego oświadczenia woli, w tym również poprzez zastosowanie procedury korygującej, o której mowa w art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp.

W powyższym kontekście, udzielone pod ad 15 w piśmie Odwołującego z dnia 9 stycznia 2013r. wyjaśnienia, iż zaistniała rozbieżność pomiędzy Załącznikiem 3 - Harmonogram Rzeczowo – Finansowy (pkt.5) a załącznikiem 4 – Harmonogram realizacji(pkt.5) jest omyłką pisarską, nie znalazły uznania Izby.

Omyłka pisarska może polegać na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej, którą Zamawiający władny jest usunąć bez konieczności przeprowadzania niedopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 negocjacji z wykonawcą.

Powyższa wadliwość pisarska powinna być możliwa jednak do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów i wyjaśnień.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w piśmie z dnia 24 grudnia 2012r. nie dostrzegł istnienia takiej omyłki, lecz zauważył występującą sprzeczność pomiędzy treścią załącznika 3 Etap Realizacji 5 a punktem 5 Harmonogramu realizacji w załączniku nr 4, co wskazywało na konieczność odwołania się przez niego do wyjaśnień. Powyższą okoliczność potwierdza dokonana przez Zamawiającego czynność wezwania Odwołującego do dokonania wyjaśnień.

Zatem powyższe fakty nie mogły w żaden sposób doprowadzić Izby do wniosku, iż zaistniała omyłka miała charakter pisarski.

Powołane przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2013r.przyczyny omyłki będącej – według jego twierdzenia - wynikiem wewnętrznych rozważań pracowników oferenta, co do konieczności uzyskania pozwolenia na budowę potwierdzają brak konsekwencji tej argumentacji i brak jej wiarygodności.

W świetle powyższego również nie zasługuje na uwzględnienie tłumaczenie Odwołującego, że notatki, stanowiące rozpatrywanie potrzeby uzyskania pozwolenia zmieniającego, zostały omyłkowo powielone w toku czynności technicznej, jaką było przepisywanie brudnopisu do ostatecznej wersji oferty.

Izba nie stwierdziła związku pomiędzy powyższą argumentacją w zaskarżonym zakresie a dokonanym skreśleniem etapu i wpisaniem etapu „Założenia pod fundament”.

Izba uznała, że powyższe sporne oświadczenie woli miało charakter celowy i zmierzało do uniknięcia przez Odwołującego zobowiązania terminowego dotyczącego daty odbioru uzyskania/zmiany ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę oraz uniknięcia kar umownych za zwłokę w razie zaistnienia sporu i zmieniało bardzo ważny element treści SIWZ.

Za uznaniem celowości tej zmiany zdaje się przemawiać sama treść odwołania, w którym odwołujący, wskazuje, że uznanie dokonania przez niego zmiany nazwy Etapu Kluczowego nr 5 za niezgodność z treścią SIWZ jest działaniem wbrew faktom (str. 4 uzasadnienia odwołania).

Twierdzeniem tym Odwołujący wprost przeczy zaistnieniu sprzeczności pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ, tymczasem zaistnienie takiej sprzeczności jest jedną z przesłanek przeprowadzenia procedury sanacyjnej przewidzianej w art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Teza ta rodzi wewnętrzną sprzeczność w argumentacji Odwołującego, a jednocześnie przemawia za celowym charakterem dokonanej przez tego wykonawcę zmiany w treści formularza powołanego harmonogramu narzuconego przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Należy wyraźnie podkreślić, że poprawienie omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli, tj. takiej, która mogłaby zostać uznana za istotną zmianę treści oferty. Innymi słowy poprawienie takiej omyłki prokuruje zmianę treści oferty, przy czym zmiana ta nie może być istotna.

W ocenie Izby brak jest prawnej możliwości poprawienia tej sprzeczności oświadczenia woli wobec treści SIWZ, z racji wystąpienia istotnej zmiany treści oferty w stosunku do treści SIWZ.

Zgodnie z art.87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Jednak w rozpoznawanej sprawie nie ma podstawy do uznania, że hipotetycznie dokonana przez Zamawiającego poprawa treści oferty nie powodowałaby istotnej zmiany w treści oferty.

Wprost przeciwnie dokonanie takiej zmiany poprzez poprawienie treści oferty oznaczałoby w istocie konieczność przeprowadzenia pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym negocjacji, co do treści nowej oferty, a zatem naruszałoby również przepis art.87 ust.1 ustawy Pzp.

Jednocześnie nie znalazła uznania Izby argumentacja Odwołującego wskazująca na Subklauzulę 1.13 Część III – Kontraktu, z tego powodu, że ta odnosi się do realizacji obowiązków umownych, zgodnie z prawem, w zakresie zatwierdzeń, zgód, itp. opisanych w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, jako posiadane (lub do uzyskania) przez Zamawiającego, w tym Pozwolenie na budowę, a nie dotyczy spornego Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego.

Nadto Izba nie mogła zaakceptować sytuacji rozważania przez Odwołującego, po złożeniu oferty, czy wykonanie przez niego obowiązku umownego dotyczącego uzyskania projektu zamiennego będzie niezbędne czy też nie, w warunkach, gdy powinien on złożyć stanowcze oświadczenie woli, odpowiadające są treścią i zakresem wymaganiom Zamawiającego opisanym w SIWZ, a nie takie, które będzie w przyszłości wymagało wyjaśnień czy interpretacji.

Umieszczenie w ofercie odmiennych postanowień w zakresie wykonania zobowiązania uzyskania projektu zamiennego nie zmieniają powyższego stanu rzeczy.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu Odwołującego, również w tym zakresie Izba stwierdziła, że działania Zamawiającego mieściły się w granicach przepisu art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W tym przypadku Izba stwierdziła zaoferowanie przez Odwołującego na stronie 000536 oferty (Harmonogram Realizacji Kontraktu załącznik nr 4), pod pozycją 53 świadczenia uzyskania pozwolenia na użytkowanie w terminie ponad 20 miesięcy, który nie

odpowiadał wymaganemu terminowi uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, o którym mowa w załączniku nr 3 Harmonogram Rzeczowo – Finansowy pod pozycją nr 8, wynoszącemu 18 miesięcy.

Takie oświadczenie woli świadczy – zdaniem Izby - o zamiarze uzyskania pozwolenia na użytkowanie w terminie ponad 20 miesięcy, co potwierdza również oświadczenie Odwołującego na stronie 000536 oferty (Harmonogram Realizacji Kontraktu załącznik nr 4), pod pozycją 50, gdzie zaproponował złożenie wniosku o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w 19 miesiącu, to jest już po terminie opisanym w załączniku nr 3 Harmonogram Rzeczowo – Finansowy pod pozycją nr 8.

Zgodnie z przywołanym przez Przystępującego Programem Funkcjonalno-Użytkowym, pkt 5.8, str. 58-60, Harmonogram Realizacji Kontraktu powinien uwzględniać kluczowe terminy określone w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym.

Analogiczny wymóg został postawiony wobec treści załącznika nr 4 - Harmonogram Realizacji Kontraktu, gdzie w instrukcji do niego wpisano, że Harmonogram Realizacji Kontraktu uwzględnia terminy Kluczowych Etapów Realizacji Kontraktu zawarte w załączniku nr 3 do Kontraktu (Harmonogram Rzeczowo – Finansowy).

Podobne zresztą postanowienia zawiera subklauzula 8.3 Części III – Kontraktu stanowiąca, że uszczegółowienie Harmonogramu będzie zgodne z Harmonogramem Rzeczowo – Finansowym.

Zestawienie przywołanych wymogów opisanych w SIWZ i skonfrontowanie ich z treścią oferty Odwołującego pozwala uznać, iż zasadnie Zamawiający stwierdził w tym zakresie niezgodność rodzącą obowiązek odrzucenia oferty.

Powyższe, zatem również świadczy – według zapatrywania Izby - o zamierzonym oświadczeniu woli, a nie błędzie w jego złożeniu.

Oceny Izby nie zmienia przy tym otwarta formuła Harmonogramu Realizacji Kontraktu, jako dokumentu wyjściowego do nawiązania stosunku umownego.

Izba reprezentuje pogląd, że dokument ten będzie podlegał zmianom, jednak dopiero w trakcie realizacji umowy, zaś na etapie złożenia oferty musi zachowywać spójność z Harmonogramem Rzeczowo – Finansowym. Faktu tego nie zmieniają postanowienia klauzuli 13.9 Część III – Kontraktu dotyczące zmian i korekt na etapie wykonania umowy.

Również i w tym przypadku inne podejście oznaczałoby akceptację prowadzenia dodatkowych negocjacji umownych pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym wbrew postanowieniu art.87 ust.1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby powyższa sprzeczność również nie mogła zostać usunięta w trybie przepisu art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp, a zatem znalazło swoje uzasadnienie prawne zastosowanie przez Zamawiającego dyspozycji przepisu art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

### **Sygn. akt: KIO 1006/13**

W pierwszej kolejności Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie zbadała spełnianie przez Odwołującego przesłanek z art.179 ust.1 ustawy Pzp, które mają charakter materialno - prawny.

Zgodnie z brzmieniem tego przepisu środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła, że w wyniku czynności Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2013r. dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego, jako wykonawcy spełniającego wymagania określone w SIWZ oraz w ustawie Pzp.

Co istotne, Odwołujący we wniesionym odwołaniu podnosił zarzuty zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego ofert, które odrzucone już zostały, Zdaniem Odwołującego przywoływane przez niego okoliczności faktyczne, które w jego ocenie, nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione przemawiały za podniesieniem zarzutu zaniechania, a także

sformułowaniu wniosku o nakazanie Zamawiającemu odrzucenie ofert już odrzuconych z innych, niż przytoczone w odwołaniu powodów. Izba nie podzieliła tego przekonania.

W tym stanie rzeczy Izba przyjęła pogląd, że nie zostały spełnione przesłanki określone w art.179 ust.1 ustawy Pzp. Uznała bowiem, że nie zostało wykazane, aby Odwołujący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa w ramach zaskarżonej czynności czy domniemanego zaniechania.

Według zapatrywania Izby Odwołujący nie skonkretyzował, na czym ma polegać jego interes w podważeniu czynności Zamawiającego, na podstawie, której jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a konkurenci wyeliminowani.

Zdaniem Izby, jeżeli Zamawiający dopuściłby się zaniechania, które wskazuje Odwołujący, to hipotetyczne naruszenie przez Zamawiającego przepisów, nie może doprowadzić do jakiegokolwiek uszczerbku po stronie Odwołującego, skoro jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

W przypadku zaś skutecznego zakwestionowania przez konkurenta czynności Zamawiającego w innym postępowaniu odwoławczym ze skutkiem powtórzenia oceny ofert i przywrócenia do postępowania przetargowego innego wykonawcy, Odwołujący będzie miał legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej od nowej czynności Zamawiającego opartej na zmienionej podstawie faktycznej, a być może także prawnej.

W każdym z tych przypadków względy ekonomiki procesowej nakazują, aby odnosić się do konkretnego stanu faktyczno – prawnego, a nie do sytuacji, która nie stwarza zagrożenia dla interesów majątkowych Odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:** .....

.....

.....