

WYROK

z dnia 6 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 lipca 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A.** w dniu 22 czerwca 2012 r. przez wykonawcę: **Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna, 40-615 Katowice, ul. Generała Zygmunta Waltera Jankego 13** – sygn. akt KIO 1315/12
- B.** w dniu 25 czerwca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SNC-Lavalin Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 39A (pełnomocnik wykonawców), SNC-Lavalin Inc., Kanada, Quebec, H2Z 1Z3 Montreal, René-Levésque Boulevard West, Energomontaż Zachód Wrocław spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 53-149 Wrocław, ul. Raławicka 15/19** – sygn. akt KIO 1330/12

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Tauron Ciepło Spółka Akcyjna, 40-126 Katowice, ul. Grażyńskiego 49**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia ofert wstępnych złożonych przez Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SNC-Lavalin Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SNC-Lavalin Inc. z siedzibą w Montrealu, Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Tauron Ciepło S.A. z siedzibą w Katowicach i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołujących: Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SNC-Lavalin Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SNC-Lavalin Inc. z siedzibą w Montrealu, Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** – tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2 zasądza od **zamawiającego: Tauron Ciepło S.A. z siedzibą w Katowicach** kwotę **47200 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:
- A. kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **odwołującego: Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach** – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.
- B. kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – SNC-Lavalin Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SNC-Lavalin Inc. z siedzibą w Montrealu, Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Ciepło S.A. z siedzibą w Katowicach (następca prawny Elektrociepłowni Tychy S.A. z siedzibą w Tychach, która wszczęła postępowanie) – prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na roboty budowlane pn. *Budowa nowego bloku ciepłowniczego z kotłem fluidalnym, turbiną ciepłowniczo-kondensacyjną wraz z gospodarkami towarzyszącymi w Elektrociepłowni Tychy S.A.* (oznaczenie sprawy zamawiającego: EC/ZP/NZ/NI/2/9-2011).

Ogłoszenie o zamówieniu (sektorowym) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 16 września 2011 r. pod nr 2011/S_178-292861, z tym, że 14 września 2011 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń. 15 września 2012 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie na swojej stronie internetowej (www.ec-tychy.pl).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

15 czerwca 2012 r. Zamawiający przekazał faksem oraz drogą elektroniczną dwóm wykonawcom spośród tych, którzy złożyli oferty wstępne: Zakładom Remontowym Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach oraz wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: SNC-Lavalin Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SNC-Lavalin Inc. z siedzibą w Montrealu, Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – odrębne pisma (datowane na 14 czerwca 2012 r.), z których każde zawierało zawiadomienie o odrzuceniu złożonych przez tych wykonawców ofert wstępnych na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 zdanie drugie ustawy pzp.

22 czerwca 2012 r. Odwołujący: Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach (zwane również dalej w skrócie „ZREK”) wniósł drogą elektroniczną do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty wstępnej przez Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 57 ust. 2 zd. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz z art. 87 ust 2 pkt 3 – przez jego nieprawidłowe zastosowanie, a tym samym niepoprawienie omyłki Odwołującego polegającej na niezłączeniu jednej (to jest trzeciej) strony *Oświadczenia Wykonawcy o spełnianiu wymaganych parametrów*, podczas gdy omyłka ta nie powoduje istotnych

zmian w treści oferty, a treść oświadczenia w korespondencji z pozostałą treścią oferty wstępnej Odwołującego jednoznacznie wskazuje na to, że wszelkie wymagania stawiane przez Zamawiającego, co do wymagań technicznych i paramentów proponowanego rozwiązania, zostały przez Odwołującego spełnione.

2. Art. 89 ust 1 pkt 2 – przez jego nieprawidłowe zastosowanie wobec Odwołującego, a tym samym odrzucenie złożonej oferty wstępnej, z powołaniem się na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”), podczas gdy całościowa oferta przedstawionego rozwiązania prowadzi do wniosku, iż niezgodność taka nie zachodzi, w szczególności zaś proponowane rozwiązania odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, co do poziomu drgań, który mają zapewnić dostarczane urządzenia.
3. Art. 87 ust. 1 – przez jego niezastosowanie polegające na niewezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty wstępnej, w sytuacji gdy Zamawiający miał wątpliwości co do treści oferty Odwołującego, i podjęciu od razu decyzji co do odrzucenia złożonej oferty wstępnej, która spełnia wymagania SIWZ.

W związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

W punkcie H *Oświadczenia Wykonawcy o spełnianiu wymaganych parametrów* (zwanego dalej również w skrócie *oświadczeniem*) Odwołujący oświadczył, że: *Poziom drgań urządzeń i budowli będących w zakresie przedmiotu Kontraktu nie przekroczy określonych wartości wg Polskich Norm, nie załączając przy tym omyłkowo strony trzeciej oświadczenia.* Zamawiający w sposób nieuprawniony używa słowa *wykreślenie*, które miałyby miejsce jedynie wtedy, gdyby Odwołujący fizycznie przekreślił tekst oświadczenia. Tymczasem omyłkowo nie została załączona jedna ze stron. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wskazał w ten sposób na *klasę drgań* dostarczonych urządzeń. Tymczasem doszło tutaj jedynie do zaistnienia omyłki, która nie wpływa na treść złożonej oferty wstępnej, gdyż pozostałe jej postanowienia – w szczególności zaś specyfikacje techniczne – potwierdzają w całości, iż oferowane przez Odwołującego rozwiązania gwarantują spełnienie wymogów, które Zamawiający przewidział na omyłkowo niezałączonej stronie oświadczenia.

Tekst oświadczenia sformułowanego przez Zamawiającego w SIWZ zawiera błąd wskazując na wymagania dotyczące *klasy drgań*, tymczasem przywołana norma PN-ISO 10816 definiuje *Strefy klasyfikacyjne intensywności drgań* (Strefa A-D) oraz *klasy maszyn*. Z tego powodu w oświadczeniu Odwołujący w punkcie H, chcąc uniknąć niejednoznaczności,

wprowadził zapis: ... *Poziom drgań urządzeń i budowli będących w zakresie przedmiotu Kontraktu nie przekroczy określonych wartości wg Polskich Norm.* W dalszej części odwołania przyjęto jednak określenie użyte przez Zamawiającego, tj. *klasa drgań*, choć prawidłowo powinno ono brzmieć: *strefa drgań*. [Odwołujący powołał się na strony 9, 10 i 15 Polskiej Normy PN-ISO 10816: 1998 „Drgania mechaniczne – Ocena drgań maszyny na podstawie pomiarów na częściach niewirujących – Wytyczne ogólne, które załączył do odwołania]

Powyższe *wykreślenie* w oświadczeniu, jak określił to Zamawiający, w żaden sposób nie wpływa na gwarancje Odwołującego dotyczące poziomu drgań urządzeń, które mają być dostarczone w ramach realizacji umowy. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jednym z elementów oferty wstępnej była lista proponowanych odstępstw (załącznik nr 4.1, strona 22 i n. oferty wstępnej), w której przedstawiona została propozycja zapisu do Tomu I, zeszyt 1.03 pkt 3.3, str. 6, która miała być przedmiotem dalszych negocjacji technicznych z Zamawiającym. Tom I stanowiący element części II SIWZ – Specyfikacji Technicznej, w pkt 3.3. zatytułowanym *Gwarancje Parametrów Technicznych i Dyspozycyjności*, w tabelicy 3.3.1. (pkt 5.2) jednoznacznie wskazywał na charakterystykę drgań (bezwzględnych i względnych) wymaganych przez Zamawiającego. Porównując poziom drgań mierzony wg Polskich Norm określony przez Zamawiającego w tabelicy 3.3.1 z poziomem drgań określonym w brakującej stronie oświadczenia, należy zauważyć, że są to uregulowania identyczne. W sposób logiczny implikuje to, że Odwołujący poprzez wskazanie w złożonym oświadczeniu na zgodność drgań z Polskimi Normami niewątpliwie miał na myśli normy wymagane przez Zamawiającego. Powyższe uzasadnia również treść pkt 9 tabeli listy odstępstw:

Lp.	Lokalizacja zmiany Zeszyt/ Rozdział /Strona	Propozycja zmiany	Uzasadnienie
9	1.03 / 3.3 / 6	- drgania urządzeń w klasie B - usunięcie zapisu o pomiarze drgań zgodnie z normą PN-ISO 7919	- drgania urządzeń w klasie A dotyczy urządzeń nowych, natomiast w okresie gwarancji urządzenia będą pracować jako urządzenia dopuszczone do długotrwałego użytkowania czyli Klasa B. - pomiar drgań zgodnie z normą PN-ISO 10816 jest wystarczające dla poprawnej oceny stanu urządzeń

Z powyższego jednoznacznie wynika, że celem Odwołującego było zapewnienie drgań urządzeń w klasie A, skoro proponował w tym zakresie odstępstwo na rzecz klasy B. W innym przypadku propozycja odstępstw wskazująca na ewentualne drgania urządzeń w klasie B byłaby pozbawiona jakiegokolwiek sensu i sprzeczna z zasadami logicznego

rozumowania.

Na zapewnienie przez Odwołującego określonych przez Zamawiającego uwarunkowań dotyczących poziomu drgań wskazuje także bezpośrednio treść Załącznika nr 8 *Opis Rozwiązań Technicznych* do złożonej oferty wstępnej. W punkcie nr 8 załącznika o tytule: *Gwarancje parametrów technicznych i dyspozycyjności* (strona 830 i n. oferty) w opisie rozwiązań technicznych zostały wskazane tablice Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A, w których to, mając na uwadze zapisy SIWZ dotyczące poziomu drgań dla urządzeń, wskazano określone poziomy drgań, zgodnie z obowiązującymi normami, które są wymagane przez Zamawiającego. Wskazuje to jednoznacznie, że poziom drgań będzie zgodny z wymaganymi przez Zamawiającego normami. Powyższe ilustruje tablica Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy A (str. 831-832 oferty):

Lp.	Wyszczególnienie Gwarantowanego Parametru Technicznego Grupy A	Jedn.	Wartość
5	Poziom drgań Urządzeń i budowli będących w zakresie Przedmiotu Kontraktu mierzony wg Polskich Norm Objaśnienia w punkcie: 3.3.5 niniejszego rozdziału 3	-	
5.1	Dla budowli:	-	Zgodnie z obowiązującymi normami
5.2	Dla urządzeń:	-	
	- drgania bezwzględne	-	Zgodnie z obowiązującymi normami
	- drgania względne	-	Zgodnie z obowiązującymi normami

Jedynymi normami obowiązującymi w Unii Europejskiej pozwalającymi na ocenę stanu dynamicznego maszyn poprzez ich ocenę drgań są normy PN-ISO 10816 i PN-ISO 7919. Postanowienia tych norm stanowią, że: a) PN-ISO 10816-1 *Ocena drgań maszyn na podstawie pomiarów na częściach niewirujących*, pkt 5 – Kryteria oceny, ppkt 5.3.1 Strefy klasyfikacyjne intensywności drgań: *Strefa A: W tej strefie mieszczą się zwykle drgania maszyn bezpośrednio po odbiorze eksploatacyjnym*; b) PN-ISO 7919-1 *Drgania mechaniczne maszyn z wyłączeniem maszyn tłokowych – Pomiar drgań wałów wirujących i kryteria oceny*, załącznik A *Ogólne zasady przyjmowania kryteriów oceny dla różnych typów maszyn*, pkt. A.2 Kryteria oceny, ppkt. A.2.1.1 strefy klasyfikacyjne: *Strefa A: W tej strefie mieszczą się zwykle drgania maszyn nowo oddanych do eksploatacji*. Powyższe postanowienia jednoznacznie określają poziom drgań, które winny gwarantować nowo oddane i uruchomione urządzenia (a tylko takie urządzenia są montowane w przypadku budowy bloku energetycznego). Jest to wymagana przez zamawiającego klasa drgań A.

Biorąc pod uwagę treść całej oferty wszelkie wymagania SIWZ zostały przez Odwołującego spełnione. Mając to na uwadze Zamawiający jest uprawniony do konwalidowania w swoim zakresie wątpliwości co do treści oświadczenia złożonego przez

*Odwołującego. Omyłkę popełnioną przez Odwołującego w zakresie prezentacji treści oświadczenia należy uznać za omyłkę określoną w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z omyłką mamy do czynienia, gdy zamawiający może dokonać jej poprawienia samodzielnie bez udziału wykonawcy, wykorzystując jedynie informacje zawarte w ofercie. W przedmiotowej sprawie w praktyce możliwe jest ustalenie dokładnej treści oferty (oświadczenia) bez udziału Odwołującego, który pominął element wymagany przez Zamawiającego, przez co nie oświadczył wprost, że zrealizowany przedmiot zamówienia spełni parametr techniczny określonego poziomu drgań dla urządzeń. Traktując jednak ofertę w sposób kompleksowy niewątpliwie jest, że Odwołujący spełnił wymagania Zamawiającego co do parametrów technicznych oferowanych rozwiązań. Uniemożliwia to odrzucenie przez Zamawiającego oferty wstępnej. Sankcji odrzucenia oferty ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ nie można bowiem stosować w przypadku, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W takim wypadku należy mieć na uwadze celowościową wykładnię prawa. W orzecznictwie wskazuje się na to, że: *Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy wyznaczony między innymi treścią cytowanego przepisu. Z mocy przepisu art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (...), jeżeli przepisy nie stanowią inaczej. Dla oceny postępowania zamawiającego i wykonawców znajduje zatem zastosowanie także norma 5 k.c. Uwzględnienie żądania odrzucenia oferty jedynie z tej przyczyny że jeden z elementów dokumentu złożonej, poza tym zgodnie z treścią SIWZ oferty, który na dodatek nie wpływa na możliwość rzetelnej oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. jest niedopuszczalne.* [wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 r., sygn. akt X Ga 23/07, publ. Lex nr 621254] Powyżej wyrażone stanowisko koresponduje ze stanowiskiem Odwołującego, gdyż sytuacja jest analogiczna: Odwołujący nie złożył jednego z elementów dokumentu wymaganego przez Zamawiającego, natomiast pozostała treść oferty jest zgodna z SIWZ. W takiej sytuacji nie istnieje powód, który mógłby być podstawą odrzucenia oferty wstępnej. Podstawa do ewentualnego odrzucenia oferty wstępnej istniałaby dopiero w takiej sytuacji, gdyby z oświadczenia żądanego przez Zamawiającego nie można byłoby ustalić treści, która pozwalałaby na ustalenie parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Natomiast odrzucenie oferty na podstawie przepisu art.*

89 ust. 1 pkt 2 pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa i nieusuwalna w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty w razie niezgodności jej treści z treścią SIWZ, nie dotyczy on jednak formalnej niezgodności, jaka w zasadzie nastąpiła w przypadku nie załączenia przez Odwołującego jednej ze stron oświadczenia. Zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jeśli sama treść oferty potwierdza spełnianie wymogów SIWZ. Ponadto Zamawiający mając wątpliwość co do oferty Odwołującego, miał możliwość na podstawie art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert, a więc od chwili ich otwarcia, zażądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty (także co do tego, czy spełnia ona stawiane przez niego wymagania techniczne).

25 czerwca 2012 r. (pismem z tej daty 2012 r.) Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – SNC-Lavalin Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SNC-Lavalin Inc. z siedzibą w Montrealu, Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwane również dalej w skrócie „Konsorcjum SNC-Lavalin”) – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty wstępnej przez Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 – wskutek przyjęcia nieuprawnionej interpretacji treści SIWZ na etapie oceny ofert wstępnych, że ta nie zezwalała na wprowadzenie zmian do treści wzoru *Oświadczenia Wykonawcy o spełnianiu wymaganych parametrów*, podczas gdy zmiany takie były dozwolone i oferta wstępna Odwołującego odpowiada treści SIWZ, a więc nie zasługiwała na odrzucenie.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 82 ust. 3 w zw. z art. 57 ust. 2 – będące naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przez niedozwoloną interpretację treści SIWZ na etapie oceny ofert wstępnych, w oparciu o niezapisane intencje Zamawiającego, prowadzącą do odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego – oraz naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 58 ust. 1 i 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez nierówne traktowanie wykonawców polegające na tym, że zapisy wstępnej SIWZ wymagające doprecyzowania i uzupełnienia będą przedmiotem negocjacji z pozostałymi wykonawcami, podczas gdy brak ich bezwzględnego potwierdzenia stał się przyczyną odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego.

W związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego i

nakazanie zaproszenia go do negocjacji.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący wprowadził zmiany w stosunku do propozycji Zamawiającego w zakresie spełnienia następujących parametrów technicznych: poziomu hałasu (pkt G) – przez ograniczenie gwarancji wyłącznie do hałasu emitowanego z obiektu będącego przedmiotem kontraktu) oraz poziomu drgań (pkt H) – przez gwarancję maksymalnego poziomu drgań w klasie B zamiast w klasie A (z wyłączeniem turbiny). Zmiany te zostały ujęte konsekwentnie we wszystkich dokumentach, które odnosiły się do parametrów technicznych, a więc w Specyfikacji Technicznej, w dokumencie sporządzonym w oparciu o załącznik A oraz w liście odstępstw sporządzonej wg tabeli Zamawiającego. Zamawiający odrzucił ofertę wstępną z uwagi na zmiany wprowadzone w *Oświadczeniu Wykonawcy o spełnianiu wymaganych parametrów* (załącznik A), w zakresie pkt G (poziom hałas) oraz punktu H (w zakresie drgań) w stosunku do wzoru. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty wstępnej Odwołującego stwierdził, że *Załącznik A – „Oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu wymaganych parametrów” zawiera bezwzględne wymagania Zamawiającego dotyczące parametrów technicznych bloku ciepłowniczego, których spełnienie ma obowiązek zagwarantować każdy z Wykonawców składających ofertę wstępną. W konsekwencji Wykonawcy nie mogą wprowadzać w tymże oświadczeniu jakichkolwiek zmian.*

Nieprawdą jest, że oferta wstępna Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nieprawdą jest, że SIWZ nie zezwalała na wprowadzanie zmian w *Oświadczeniu Wykonawcy o spełnieniu wymaganych parametrów*. Po pierwsze – w treści SIWZ brak jest stwierdzenia, że *Oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu wymaganych parametrów zawiera bezwzględne wymagania Zamawiającego dotyczące parametrów technicznych bloku ciepłowniczego*, ani żadnego podobnego. Powyższe stwierdzenie jest nieuprawnioną interpretacją Zamawiającego treści SIWZ dokonaną dopiero na etapie oceny ofert wstępnych. Zestawienie powyższego z treścią zapisów Instrukcji Dla Wykonawców (dalej zwanej w skrócie „IDW”) oraz *kontekstem funkcjonalnym, w jakim wydany zostaje SIWZ* na etapie zaproszenia do składania ofert wstępnych w ramach postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, nie budzi wątpliwości u Odwołującego, że zmiany zaproponowane przez niego w treści oświadczenia były dozwolone i nie stanowiły o niezgodności oferty wstępnej z SIWZ.

W tym wypadku SIWZ jest dokumentem złożonym z trzech części, z czego pierwsza (IDW) zawiera wytyczne dla wykonawcy, w jaki sposób powinien przygotować ofertę, w tym ofertę wstępną, która to oferta odnosić się będzie do dwóch pozostałych części

merytorycznych: specyfikacji technicznej oraz kontraktu. Wykonawca tak ustrukturalizowane oświadczenie woli jakim jest SIWZ, traktować powinien kompleksowo, jako jedność (tak np. wyrok Izby z 21 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 257/11). *Jako że to zamawiający jest autorem specyfikacji istotnych warunków zamówienia i to na nim spoczywa wypełnienie postulatu jasności, w orzecznictwie i piśmiennictwie przyjęto zasadę, iż przy odczytywaniu treści warunku lub wykazu żądanych dokumentów, nie stosuje się domniemania dotyczącego nie wyrażonych zamiarów czy intencji zamawiającego a wątpliwości związane z treścią wymagań wyjaśnia się na korzyść wykonawców.* – wyrok Izby z 27 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO 477/09. Zasadę tę odnieść należałoby także do postanowień SIWZ. Wykonawcy mają więc prawo zakładać, że SIWZ jest dokumentem spójnym, umożliwiającym przygotowanie oferty w sposób nie prowadzący do sprzeczności.

Drugim ważnym elementem towarzyszącym interpretacji SIWZ wydanej wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych, jest jej charakter oraz cel jakemu ona służy na konkretnym etapie postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Na tym etapie nie precyzuje ona przedmiotu zamówienia, a jedynie dokonuje identyfikacji w podstawowym zakresie. Zamawiający w SIWZ daje wyraz swojemu subiektywnemu przekonaniu co do jakości i zakresu świadczenia, często bez weryfikacji faktycznych możliwości uzyskania takiego świadczenia, co jest oczywiste, bowiem oferty wstępne służą takiej weryfikacji. Jak słusznie stwierdził Zespół Arbitrów w wyroku z 8 maja 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-508/07), przyjęcie stanowiska o ostateczności zapisów wstępnej SIWZ podważa sens składania ofert wstępnych, ponieważ w istocie utożsamia specyfikację wstępną ze specyfikacją ostateczną, a w konsekwencji ofertę wstępną z ofertą ostateczną. Oferta wstępna jest stanowiskiem negocjacyjnym wykonawcy, które przedstawia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia (patrz wyrok z 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1780/10). Nie jest ofertą wiążącą i nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego co do skonkretyzowanego przedmiotu zamówienia, ponieważ nie został on jeszcze skonkretyzowany. *Uczestnicy negocjacji z ogłoszeniem jak i dialogu konkurencyjnego konkretyzują przedmiot zamówienia* (tak: Maciej Gnela, *O potrzebie usprawnienia negocjacyjnych trybów zamówienia publicznego z zachowaniem konkurencyjności*, referat na IV konferencję naukową *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenie polskie i zagraniczne*, wyd. UZP). Dlatego też oferta wstępna różni się istotnie od oferty ostatecznej, na co uwagę zwraca ustawodawca, wprowadzając do ustawy odrębny termin *oferty wstępnej*. Ustawodawca wprowadzając w art. 57 ust. 2 pzp odwołanie do przepisów o ofercie nieprzypadkowo nakazuje te przepisy stosować odpowiednio.

Odpowiednie stosowanie nakazuje uwzględniać okoliczność, że przywołane normy zastosowane będą do jakiś innych przypadków niż te, dla których zostały one ustanowione. Zgodność oferty wstępnej ze specyfikacją, o której mówi art. 82 ust. 3 pzp, musi więc uwzględniać tę okoliczność, że oba dokumenty są materiałem wyjściowym do negocjacji i jako takie, poza wyraźnie zastrzeżonym zakresem, muszą się od siebie różnić, w przeciwnym razie nie byłoby podstaw do prowadzenia negocjacji.

Mając na uwadze te dwie okoliczności, śledząc zapisy SIWZ, ze względu na ich literalne brzmienie oraz cel jakemu służyły, a także kontekst w jakim zostały umieszczone, należy dojść do następujących wniosków:

1. Specyfikacja Techniczna mogła być zgodnie z treścią SIWZ przedmiotem dowolnych zmian i uzupełnień. Innymi słowy, każdy wykonawca, mógł na dokumencie Specyfikacji Technicznej dokonać poprawek w trybie *red mark* bez żadnych ograniczeń. Powyższe potwierdza literalne brzmienie punktu 4 załącznika nr 2 do IDW. Podobnie brak jest ograniczeń co do wprowadzanych zmian w treści dokumentu Specyfikacja Techniczna. *Zamawiający jeżeliby chciał mógł we wstępnej specyfikacji ograniczyć pole do prowadzenia negocjacji zawierając stosowne zapisy bądź precyzując zapisy SIWZ w udzielanych odpowiedziach.* – wyrok z 8 maja 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-508/07. Wszystkie zmiany wprowadzone przez wykonawcę w Specyfikacji Technicznej powinny być zostać umieszczone w liście odstępstw. Odwołujący przygotował oba dokumenty – Specyfikację Techniczną i listę odstępstw – zgodnie z żądaniami Zamawiającego, w tym wprowadził zmiany w tabeli 3.3.1 Specyfikacji Technicznej, zawierającej parametry techniczne tożsame z parametrami ujętymi w załączniku A.

Okoliczność ta nie jest kwestionowana, tym bardziej, że Zamawiający nie powołał się na błąd Odwołującego w treści Specyfikacji Technicznej, polegający na niezgodności tego elementu oferty wstępnej z SIWZ. Oznacza to, że Zamawiający uznaje, że dozwolone było wprowadzenie takiej zmiany w dokumencie Specyfikacji Technicznej i liście odstępstw. Zatem Zamawiający uznał, że dozwolone jest proponowanie spełnienie parametrów w sposób, jaki wynika z poprawek Odwołującego.

2. W tych okolicznościach Odwołujący nie mógł złożyć oświadczenia o treści jak we wzorze załącznika A, bez wprowadzania zmian do treści tego załącznika, identycznych jak te, które znalazły się w Specyfikacji Technicznej i liście odstępstw. Gdyby Odwołujący nie wprowadził takich zmian w załączniku A, jego oferta wstępna byłaby wewnętrznie sprzeczna. Do takiej sprzeczności zmuszałaby Odwołującego treść SIWZ, jeśli by przyjął, że załącznik A należało podpisać bez wprowadzania w nim zmian.

Odwołujący nie miał wątpliwości co do sposobu przygotowania oferty wstępnej.

Zamawiający żądał w punkcie 1 IDW sporządzenia oświadczenia *w oparciu o załącznik A i w formie zgodnej z wymogami IDW*. Wg słownika języka polskiego opierać się na czymś oznacza *potraktować coś za podstawę w czymś; też: znaleźć w czymś swoje uzasadnienie, motywację, punkt wyjścia*. Forma zaś oznacza *wygląd czegoś, przejaw czegoś, układ skoordynowanych elementów, szablon* (Słownik Języka Polskiego PWN www.sjp.pwn.pl). A zatem słusznie Odwołujący przyjął, że jest związany formą tabeli, w której znaleźć się mają określone w niej pozycje, w określonym tam szyku i że wzór załącznika A jest jedynie szablonem, na którym powinien się oprzeć, a nie treścią oświadczenia, pod którym powinien się podpisać.

Taka wątpliwość co do sposobu przygotowania załącznika A mogłaby powstać, gdyby w punkcie 1 znalazł się zapis, że np. *wykonawca powinien przedłożyć podpisany dokument o treści i w formie zgodnej z załącznikiem A*. Wówczas Odwołujący prawdopodobnie dostrzegłby sprzeczność w wymaganiach Zamawiającego. Jednakże w sytuacji, gdy Zamawiający wymagał dokumentu sporządzonego samodzielnie, w oparciu jedynie o załącznik A, zgodny jedynie z formą przepisaną przez IDW (a zatem w formie tabeli), Odwołujący przekonany był i jest, że naniesienie poprawek na wypełniony dokument sporządzony w oparciu o załącznik A, którego forma (tabela) zgadza się z wymogami IDW, spełnia zadość żądaniom Zamawiającego i wyłącznie takie sporządzenie tego dokumentu jest i było poprawne.

4. Nawet gdyby uznać, że załącznik A oferty wstępnej powinien być sporządzony zgodnie z pierwotną treścią załącznika A SIWZ, to ewentualna niezgodność załącznika A w ofercie wstępnej polegająca na tym, że zawarta w załączniku treść została przekreślona i uzupełniona, może być kwalifikowana jedynie jako niezgodność formalna. Taki ewentualny *błąd* Odwołującego nie jest sprzecznością treści oferty wstępnej z SIWZ, ponieważ zezwalała ona na złożenie propozycji zmienionych parametrów, czemu wolno było dać wyraz w Specyfikacji Technicznej i liście odstępstw. Taki formalny błąd nie wypełnia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp i nie kwalifikuje oferty wstępnej do odrzucenia. Zgodnie z orzecznictwem Izby, wyłącznie niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego przedstawionymi w SIWZ w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia może być kwalifikowana jako niezgodność oferty z SIWZ. Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tak wyroki Izby: z 23 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 297/11, z 28 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2698/10). *Niemniej jednak, o zgodności treści oferty z treścią siwz nie decyduje miejsce wskazania wymaganych przez*

zamawiającego informacji, ale to czy zostały one zamawiającemu podane zgodnie z żądaniem. (...) Uchybienie, co do miejsca wskazania informacji, jest na pewno utrudnieniem dla zamawiającego, który musiał zbadać całość oferty, aby sprawdzić, czy informacje zostały zawarte, ale uchybienie to można traktować wyłącznie jako uchybienie co do formy, nie mające wpływu na zakres zobowiązania przystępującego. Tak stwierdziła Izba w wyroku z 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1427/10, KIO 1430/11).

5. Prawo Odwołującego do wprowadzenia przedmiotowych zmian, potwierdza dodatkowo ich charakter. W punkcie G Odwołujący wpisał: *Poziom hałasu na granicy przyległych do Elektrociepłowni Tychy terenów chronionych. Podane limity hałasu dotyczą hałasu emitowanego z nowego Bloku.* Odwołujący wykreślił dalszą część zastrzeżenia: *oraz Elektrociepłowni (z obiektów objętych przedmiotem Kontraktu oraz z pozostałych obiektów Elektrociepłowni).* W niniejszym zapisie stwierdzenie w nawiasie wyjaśnia, że gwarantowany poziom hałasu ma się odnosić zarówno do hałasu emitowanego przez nowy blok ciepłowniczy będący przedmiotem zamówienia i Elektrociepłowni, czyli istniejącego obiektu. Profesjonalny wykonawca może zagwarantować maksymalny poziom hałasu w stosunku do obiektu, który sam zrealizuje, natomiast w stosunku do obiektu, którego nie zrealizował i nad którym nie sprawuje kontroli, może zagwarantować co najwyżej wówczas, gdy zna warunki w jakich ta instalacja pracuje.

Kwestia ta była przedmiotem pytania do Zamawiającego: *Prosimy o przedstawienie badań dotyczących obecnego poziomu hałasu dla EC Tychy dla analizy możliwości zagwarantowania poziomu hałasu na granicy EC Tychy.* W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił: *Zamawiający informuje, że obecnie trwają inwestycje związane z modernizacją kotła Cymic na kocioł biomasowy wraz z instalacją podawania biomasy oraz budowa nowego kotła węglowego WR 40. Ostatnie badania pomiaru hałasu przenikającego do środowiska zostały wykonane w dniach 26/27.02.2012 r. przy pracującym bloku BC-35 (maksymalne obciążenie) oraz pracujących urządzeniach: dwie celki i dwa wentylatory chłodni, wyłączony był układ nawęglania oraz 2.03.2012 r. przy pracy kotła K4 (nie pracował blok BC-35). Pomiary te są do wglądu u Zamawiającego. Jednocześnie informujemy, że rzeczywiste pomiary hałasu będą znane po zakończeniu powyższych inwestycji. Zakłada się, że inwestycje te zostaną zakończone do dnia 31.12.2012 r.*

Wobec takiego stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym nie jest znany poziom hałasu emitowany przez istniejące instalacje, do których odnosi się gwarancja, profesjonalny wykonawca nie może zapewnić, że jego instalacja wespół z instalacją o nieznannej emisji hałasu, pracować będzie w określonych warunkach. Zapewnienie takie byłoby całkowicie bezpodstawne i obarczone ryzykiem, że nie zostanie dotrzymane. W tych okolicznościach

sposób (warunki) pomiaru hałasu emitowanego przez przedmiot kontraktu wraz z instalacjami istniejącymi powinien zostać doprecyzowany w treści ostatecznej SIWZ. W każdym razie kwestia ta z pewnością stałaby się przedmiotem negocjacji i w konsekwencji wynik uzgodnień musiałby się znaleźć w doprecyzowanej lub uzupełnionej SIWZ w rozumieniu art. 58 ust. 2 pzp, co jednocześnie nie prowadziłoby do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 59 ust. 2 pzp .

Druga zmiana w punkcie H *Poziom drgań urządzeń i budowli będących w zakresie przedmiotu Kontraktu mierzony wg Polskich Norm*, polegała na tym, że w wierszu *dla urządzeń* – Odwołujący zmienił gwarancję w ten sposób, że wg wskazanych norm zagwarantował drgania w klasie B, zamiast w A, natomiast w zakresie klasy A dopuścił mierzalność wyłącznie drgań turbiny. Zmiana ta wprowadzona została także do Specyfikacji Technicznej i ujęta została w liście odstępstw. Konieczność wprowadzenia tej zmiany wyniknęła z wiedzy Odwołującego o warunkach pracy pomp wody zasilającej, które powodują drgania instalacji. Pompy wody zasilającej wszystkich znanych Odwołującemu producentów spełniają wymagania w klasie A wyłącznie przy pomiarze w punkcie pracy nominalnej. Każda zmiana warunków pracy w stosunku do pracy nominalnej może i najczęściej powoduje wzrost wibracji, dlatego też dostawcy tych pomp nie dają gwarancji dla poziomu drgań w klasie A tylko w klasie B.

Kwestia ta zdaniem Odwołującego musi stać się przedmiotem negocjacji, ponieważ każdy profesjonalny wykonawca winien dostrzec brak praktycznej możliwości spełnienia powyższego warunku w taki sposób jak został zapisany przez Zamawiającego. W efekcie, konkluzje negocjacji będą musiały znaleźć swoje odzwierciedlenie w SIWZ. Zmiana taka, podobnie jak zmiana dotycząca poziomu hałasu, będzie mieściła się dyspozycji art. 59 ust. 1 pzp i nie będzie prowadziła do naruszenia art. 59 ust. 2 pzp, a zatem będzie prawnie dozwolona.

7. W związku z powyższym Odwołujący uprawniony był do złożenia oferty wstępnej, w której zaferował spełnienie parametrów zgodnie z ww. zmianami. Na tym właśnie bowiem polega tryb przetargu negocjacji z ogłoszeniem, aby w zakresie dozwolonym przez prawo, wykonawcy negocjowali warunki przyszłego kontraktu i tym samym wpływali na kształt ostatecznej SIWZ i końcowych żądań Zamawiającego. Celem wyboru takiej procedury jest bowiem możliwość uzyskania pełniejszego obrazu zamawianych dóbr lub usług, a także zminimalizowanie ryzyka związanego z brakiem konkretyzacji przedmiotu zamówienia, powzięcie informacji o dostępnych rozwiązaniach na rynku, możliwościach technicznych firm profesjonalnych w danej branży i dopasowania oczekiwań Zamawiającego do możliwości

realizacyjnych.

Podstawowym celem przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem jest możliwość negocjowania z poszczególnymi wykonawcami warunków zamówienia. Elementem odróżniającym ten typ postępowania m.in. od dialogu konkurencyjnego jest możliwość składania przez wykonawców ofert wstępnych, które mają na celu umożliwienie zamawiającemu przygotowanie się do negocjacji oraz rozpoznanie możliwości wykonawców w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. – Wyrok z 8 maja 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-508/07. W tym samym wyroku Zespół Arbitrów podkreślił konieczność odpowiedniego stosowania do ofert wstępnych przepisów art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp dotyczących ofert. Odpowiednie stosowanie przepisu dotyczącego odrzucenia oferty wstępnej z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ musi uwzględniać charakter owej SIWZ, która nie jest specyfikacją ostateczną, ale bazową, do stworzenia w wyniku negocjacji specyfikacji końcowej. Zamawiający może we wstępnej specyfikacji ograniczyć pole do prowadzenia negocjacji zawierając stosowne zapisy w SIWZ. W niniejszym postępowaniu Zamawiający tego nie uczynił, i efekt tego zaniechania nie może obciążać Odwołującego. Zamawiający nie może oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Opierając ocenę ofert wyłącznie o swoje intencje doprowadzić może do dowolności, która stoi w sprzeczności z zasadami zamówień publicznych wskazanymi w treści art. 7. (...) Zasada przejrzystości postępowania ma służyć wprowadzeniu jasnych, klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość złożenia oferty w sposób prawidłowy i zgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ, ale także będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania działań podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tak stwierdzono w wyroku Izby z 13 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2583/10.

8. Wprowadzone do wzoru załącznika A zmiany ze względów wskazanych przez Odwołującego muszą stać się przedmiotem negocjacji. W sytuacji, gdy oferta wstępna Odwołującego została odrzucona, Zamawiający będzie kontynuował postępowanie i będzie uprawniony do negocjowania treści zapisów dotyczących parametrów określonych w pkt G i H tabeli w pkt. 3.3.1 Specyfikacji Technicznej z pozostałymi wykonawcami, która jest tożsama z treścią w pkt G i H Załącznika A. Skoro więc istnieje możliwość negocjacji tych zapisów, których niepotwierdzenie w niezmienionej postaci stało się przyczyną odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego, to sytuacja taka jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniem wykonawców. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji bowiem jest różne traktowanie wykonawców znajdujących się w tej samej lub

podobnej sytuacji (wyrok Izby z 25 marca 2009 r., sygn. KIO/UZP 291/09). W tej sytuacji, w obliczu istnienia w SIWZ zapisów wymagających negocjacji i zmiany, Odwołujący jest pozbawiony możliwości tej negocjacji i złożenia ważnej oferty, inni zaś wykonawcy uprawnieni będą do negocjowania tych zmian i złożenia ważnej oferty.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołania.

27 kwietnia 2012 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom biorącym udział w prowadzonym postępowaniu kopie odwołań wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone przez każdego z Odwołujących – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec sprawdzenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, a także wobec braku odmiennych wniosków na posiedzeniu z udziałem Stron, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie. Odwołujący podtrzymali wniesione odwołania, natomiast Zamawiający wniósł o ich oddalenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby obydwaj Odwołujący mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż każdy z nich złożył ofertę wstępną w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie podjęte przez Zamawiającego czynności objęte zarzutami poszczególnych odwołań, narażają każdego z Odwołujących na szkodę z powodu utraty możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mogliby w przeciwnym

razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., pytań i odpowiedzi dotyczącym treści s.i.w.z., ofert wstępnych Odwołujących, a także innych pism i dokumentów, które zostały omówione lub wspomniane w treści niniejszego uzasadnienia. Izba dopuściła także wnioskowany przez Odwołującego Konsorcjum SNC-Lavalin dowód na okoliczność zmian treści s.i.w.z. w zakresie wymagań dotyczących poziomu hałasu poziomym drgań urządzeń w innych postępowaniach prowadzonych przez spółki z Grupy Tauron w postaci wyciągów z dokumentacji:

– postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Tauron Wytwarzanie S.A. na *Budowę nowych mocy w technologiach węglowych w Tauron Wytwarzanie S.A. – budowę bloku energetycznego o mocy 800 ÷ 910 ME na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Jaworzno III – Elektrownia II – w zakresie: kocioł parowy, turbozespół, budynek główny, część elektryczna i AKPiA bloku* (oznaczenie postępowania: 012/ZC/--01/DB/2010), tj. z:

- 1) s.i.w.z. wstępnej (str. 6-9 Załącznika A6 Części II.2 – *Dane i założenia projektowe oraz wymagania techniczne Zamawiającego*),
- 2) oferty wstępnej Konsorcjum SNC-Lavalin Polska, SNC-Lavalin Inc., Hitachi (str. 1208-1209),
- 3) s.i.w.z. ostatecznej (str. 6-10 Załącznika A6 Części II.2 – *Dane i założenia projektowe oraz wymagania techniczne Zamawiającego*)

– postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Elektrownię Stalowa Wola S.A. na *Budowę bloku parowo-gazowego o mocy ok. 400 MWe z członem ciepłowniczym w Elektrowni Stalowa Wola S.A.*, tj. z:

- 4) s.i.w.z. wstępnej (str. 7-11 Załącznika A6 Części III.2 – *Załączniki do kontraktu*),
- 5) oferty wstępnej Konsorcjum SNC-Lavalin Polska, Warbud (str. 421, 699 i 812),
- 6) s.i.w.z. ostatecznej (str. 12-15 Załącznika A6 Części III.2 – *Załączniki do kontraktu*)

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie i odnotowane w protokole rozprawy.

Izba ustaliła w uzupełnieniu okoliczności faktycznych przywołanych w odwołaniach:

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia składa się z następujących części, w skład których wchodzi między innymi następujące elementy:

- Część I – Instrukcja dla Wykonawców (IDW), w tym między innymi:
- Załącznik nr 1 Wzór Formularza Oferty Wstępnej
- Załącznik nr 2 Opis sposobu przygotowania wstępnej oferty technicznej
- Załącznik A do Opisu sposobu przygotowania wstępnej oferty technicznej – Wzór oświadczenia Wykonawcy o spełnieniu wymaganych parametrów
- Część II – Specyfikacja Techniczna, zawierająca szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym między innymi:
- Tom I – Opis ogólny przedmiotu zamówienia
- Tom II – Wymagania techniczne
- Część III – Kontrakt, w tym między innymi Warunki Szczególne

W pkt 12 IDW *Opis sposobu przygotowania oferty,*

w pkt 1 *Wymagania podstawowe:*

- na wstępie zdefiniowano, że określenie „oferta” w rozumieniu niniejszego punktu oznacza zarówno ofertę wstępną, jak i ostateczną.
- pkt 3) *Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ, a treść oferty musi odpowiadać treści niniejszej SIWZ*
- pkt 4) *Część techniczna oferty wstępnej musi zostać sporządzona zgodnie z wytycznymi zawartymi w Załączniku nr 2 do IDW – Opis sposobu przygotowania wstępnej oferty technicznej.*
- ppkt 7) *Wzory dokumentów dołączonych do niniejszej IDW powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę i dołączone do oferty, bądź też przygotowane przez Wykonawcę w formie zgodnej z niniejszą IDW*

w pkt 2 *Forma oferty:*

- pkt 1) *Oferta musi być sporządzona w języku polskim, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do IDW.*
- pkt 5) *Wszelkie miejsca w ofercie, w których Wykonawca naniósł poprawki lub zmiany wpisywanej przez siebie treści (czyli wyłącznie w miejscach, w których jest to dopuszczone przez Zamawiającego) muszą być parafowane przez osobę (osoby) podpisującą (podpisujące) ofertę.*

Załącznik nr 2 do IDW zawiera m. in. następujące postanowienia:

- na wstępie – *W ramach oferty wstępnej Wykonawca złoży część techniczną oferty wstępnej na zadanie pn. (...), która będzie spełniać następujące wymagania:*
- w pkt 1 *W ramach oferty technicznej: Wykonawca przedłoży wypełniony przez Wykonawcę*

dokument sporządzony w oparciu o załącznik A do niniejszego opisu sposobu przygotowania oferty technicznej w formie zgodnej z wymogami IDW.

– w pkt 3: W ramach oferty technicznej wykonawca przedstawi listą proponowanych przez siebie odstępstw od Specyfikacji Technicznej (część II SIWZ) wg poniższego wzoru (tabela).
[W zamieszczonym wzorze tabeli kolumny nazwano jak to powyżej opisano]

–w pkt 4: W ramach oferty technicznej Wykonawca przedstawi Specyfikacją Techniczną (część II SIWZ) w formie pisemnej (PDF i wersja edytowalna) z naniesionymi przez Wykonawcę w trybie zmian „red mark” uwagami do poszczególnych postanowień Specyfikacji Technicznej (fragmenty wnioskowane przez Wykonawcę do usunięcia z tekstu pierwotnego powinny mieć zmienioną czcionką na czerwoną i przekreślone, fragmenty nowe, wnioskowane przez Wykonawcę do wprowadzenia powinny być wpisane czcionką niebieską) oraz wypełnionymi miejscami pozostawionymi do uzupełnienia przez Wykonawcę. Zmiany w tak przygotowanej Specyfikacji Technicznej będą zgodne z listą odstępstw przedkładaną przez Wykonawcę zgodnie z pkt 3 powyżej.

Załącznik A do Załącznika nr 2 do IDW zawiera gotowy wzór Oświadczenia wykonawcy o spełnianiu wymaganych parametrów o następującej treści: Przystępując do złożenia oferty wstępnej w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn. (...) ogłoszonym przez Elektrociepłownię Tychy S.A. w imieniu: [należało wpisać firmę wykonawcy] oświadczam, że przedmiot zamówienia zrealizowany przez Wykonawcę spełni następujące warunki co do parametrów technicznych:.

Następnie zamieszczono tabelę, w której w 8 pkt (oznaczonych lit. A do H) opisano te parametry. Punkty G i H zawierają następującą treść:

G. Poziom hałasu na granicy przyległych do Elektrociepłowni Tychy terenów chronionych. Podane limity hałasu dotyczą hałasu emitowanego z nowego Bloku oraz z istniejącej Elektrociepłowni (z obiektów objętych przedmiotem kontraktu oraz z pozostałych obiektów Elektrociepłowni): w punktach pomiarowych określonych w aktualnym pozwoleniu zintegrowanym do wglądu u Zamawiającego: ≤ 55 dB(A) – dla pory dnia (w godzinach 6.00-22.00), ≤ 45 dB(A) – dla pory nocy (w godzinach 22.00-6.00).

H. Poziom drgań urządzeń i budowli będących w zakresie przedmiotu Kontraktu mierzony wg Polskich Norm

- Dla budowli: wg PN-80/B-03040 i PN EN 1997-1 2008

- Dla urządzeń:

- drgania bezwzględne: Klasa A według norm: PN-ISO 10816-1: 1998, ISO 10816-2:2001, ISO 10816-3:2009, ISO 10816-8 (dla pomp odśrodkowych); Klasa N dopuszczalna tylko dla

kruszarek

- drgania względne: Klasa A według norm: PN-ISO 791901:2001, ISO 7919-2:2001, ISO 7919-3:2009

Analogiczne wymagania wpisano w pkt 4 i 5 Tablicy 3.3.1 Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy A znajdującej się w Zeszycie 1.03 Gwarancje Parametrów Technicznych i Dyspozycyjności z Tomu I Specyfikacji Technicznej.

W rozdziale 1 tego zeszytu określono, że *w szczególności zakres odpowiedzialności Wykonawcy obejmuje: 1. Dotrzymanie Gwarantowanych Parametrów technicznych Grupy A.*

Natomiast w rozdziale 3 tego zeszytu, w pkt 3.1 Wymagania ogólne, określono w pkt 1, że *Wykonawca gwarantuje, że Blok osiągnie Gwarantowane Parametry techniczne Grupy A (opisane w punkcie niniejszego Rozdziału 3.) podczas pomiarów przeprowadzonych w trakcie Ruchu Próbnego, oraz że będą one utrzymane przez Blok w całym Okresie Gwarancji.*

Z kolei pkt 3.3.4 *Poziom hałasu na granicy przyległych do Elektrociepłowni Tychy terenów chronionych*, zawiera między innymi następujące regulacje:

1. *Wykonawca gwarantuje, że w czasie pracy Bloku w pełnym zakresie obciążeń eksploatacyjnych, równoważny poziom dźwięku pochodzący od Bloku wraz z pracującymi wszystkimi urządzeniami Elektrociepłowni Tychy, na sąsiadujących z Elektrociepłownią Tychy i nowym Blokiem terenach chronionych, będzie niższy od wielkości dopuszczalnych w porze dnia i w porze nocy, określonych w tablicy 3.3.1. niniejszego rozdziału 3 i będzie zgodny z obowiązującą dla Bloku decyzją o uwarunkowaniach środowiskowych.*

2. *Wykonawca jest odpowiedzialny za uwzględnienie wszystkich czynników, które wpływają na poziom hałasu na terenach chronionych sąsiadujących z Elektrociepłownią Tychy – w tym istniejącej części Elektrociepłowni.*

Wreszcie w pkt 3.3.5 *Poziom drgań urządzeń i budowli*, zamieszczono następujące postanowienie:

1. *Wykonawca gwarantuje, że poziom drgań urządzeń i budowli będących w zakresie Przedmiotu Kontraktu będzie spełniał wymagania Polskich Norm w tablicy 3.3.1 niniejszego rozdziału 3.*

W warunkach szczególnych kontraktu zdefiniowano, że „Kontrakt” oznacza *Akt Umowy, Ogólne i Szczególne Warunki Kontraktu, Specyfikację Techniczną i inne Załączniki do Warunków Szczególnych Kontraktu, Aneks do Kontraktu, Formularz Oferty wraz z Załącznikiem do oferty, pozostałe Dokumenty Ofertowe oraz inne dokumenty wymienione w Akcie Umowy (o ile są).*

W piśmie z 27 marca 2012 r. Konsorcjum SNC-Lavalin zadało następujące pytanie: *Biorąc pod uwagę tryb przetargu oraz zapisy art. 58 ust. 2 pzp uprzejmie prosimy o informacje czy Zamawiający przewiduje negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia warunków umowy? Jeżeli tak prosimy o informację kiedy i w jakim trybie?*

W piśmie z 30 marca 2012 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi (Ad. 1): *Zamawiający przewiduje negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy. Będą one prowadzone w trybie spotkań Zamawiającego z Wykonawcami w siedzibie Zamawiającego. Dokładny tryb, miejsce i czas takich negocjacji zostanie określony po złożeniu przez Wykonawców i ocenie przez Zamawiającego ofert wstępnych w niniejszym postępowaniu.*

W piśmie z 29 marca 2012 r. Polimex-Mostostal S.A. zadał następujące pytanie: *Prosimy uprzejmie o wyrażenie Państwa zgody na wprowadzenie ewentualnych zmian do Cz.III.3 Kontraktu, tj. Warunków Szczególnych Kontraktu w trybie „edycji zmian”.*

W piśmie z 2 kwietnia 2012 r. Zamawiający odpowiedział (Ad. 2.): *Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 58 ust.2 Pzp, warunku umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą zostać uzupełnione lub doprecyzowane w ramach prowadzonych negocjacji. Negocjacje będą prowadzone w trybie spotkań Zamawiającego z Wykonawcami w siedzibie Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający nie przewiduje składania przez Wykonawców Warunków Szczególnych Kontraktu z wprowadzonymi przez siebie zmianami.*

W piśmie z 7 maja 2012 r. Polimex-Mostostal S.A. zadał następujące pytanie: *W nawiązaniu do otrzymanych pism NI/2219/2012 z dnia 02.04.2012 oraz NI/2593/2012 z dnia 20.04.2012 prosimy uprzejmie o informację, w związku z napiętym proponowanym przez Państwa harmonogramem negocjacji, czy dopuszczacie Państwo możliwość złożenia wraz z ofertą wstępną uwag do Cz. III Kontraktu, tj. Warunków Szczególnych Kontraktu. Przekazanie w/w uwag pozwoliłoby, naszym zdaniem, na bardziej precyzyjne ustalenie merytorycznego zakresu negocjacji.*

W piśmie z 22 maja 2012 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi (Ad. 1): *Zamawiający nie przewiduje składania wraz z ofertą wstępną uwag do części III.3 SIWZ – Warunki Szczególne Kontraktu. Po dokonaniu oceny ofert wstępnych, a przed terminem negocjacji Zamawiający poinformuje Wykonawców o możliwym zakresie negocjacji Warunków Szczególnych Kontraktu.*

Izba ustaliła, że pytanie i odpowiedź przytoczone w odwołaniu Konsorcjum SNC-Lavalin odpowiadają treści zawartej w pkt 74 B pisma Zamawiającego z 9 maja 2012 r.

Na stronie 19 i 20 oferty Konsorcjum SNC-Lavalin znajdują się między innymi następujące informacje w tabeli listy odstępstw:

LP	Lokalizacja zmiany (Zeszyt/Rozdział /Strona)	Propozycja zmiany	Uzasadnienie
9	Tom 1/Zeszyt 1.03/3.3/ strona 6	Drgania bezwzględne Klasa A B według norm: PN-ISO 10816-1: 1998	Wymaganie jest nie do zaakceptowania przez poddostawców
10	Tom 1/Zeszyt 1.03/3.3/ strona 6	Drgania bezwzględne Klasa A B według norm: PN-ISO 10816-1: 1998	Wymaganie jest nie do zaakceptowania przez poddostawców
13	Tom 1/Zeszyt 1.03/3.3.4/ strona 6	Wykonawca gwarantuje, że w czasie pracy Bloku w pełnym zakresie obciążeń eksploatacyjnych, równoważny poziom dźwięku pochodzący od Bloku wraz z pracującymi wszystkimi urządzeniami Elektrociepłowni Tychy, na sąsiadujących	Nie możemy gwarantować emitowanego hałasu za wszystkie urządzenia. Pomiar hałasu przedstawione przez klienta dotyczą jedynie bloku BC 35
14	Tom 1/Zeszyt 1.03/3.3.4/ strona 9	Wykonawca jest odpowiedzialny za uwzględnienie wszystkich czynników, które wpływają na poziom hałasu na terenach chronionych sąsiadujących z Elektrociepłownią Tychy – w tym istniejącej części Elektrociepłowni.	Nie możemy gwarantować hałasu emitowanego przez urządzenia nie będące w zakresie odpowiedzialności oferenta.

Z kolei na stronach 110-111 tej oferty w tablicy 3.3.1 Gwarantowane Parametry techniczne Grupy A znajduje się następująca treść:

Lp.	Wyszczególnienie Gwarantowanego Parametru Technicznego Grupy A	Jedn.	Wartość
4	Poziom hałasu na granicy przyległych do Elektrociepłowni Tychy terenów chronionych. Podane limity hałasu dotyczą hałasu emitowanego z nowego Bloku oraz z istniejącej Elektrociepłowni (z obiektów objętych przedmiotem kontraktu oraz z pozostałych obiektów Elektrociepłowni): Objasnienia w punkcie 3.3.4 niniejszego rozdziału 3	-	
4.1.	w punktach pomiarowych określonych w aktualnym pozwoleniu zintegrowanym do wglądu u Zamawiającego.		≤ 55 dB(A) – dla pory dnia (w godzinach 6.00-22.00) ≤ 45 dB(A) – dla pory nocy (w godzinach 22.00-6.00)
5	Poziom drgań urządzeń i budowli będących w zakresie Przedmiotu Kontraktu mierzony wg Polskich Norm	-	

	Objaśnienia w punkcie: 3.3.5 niniejszego rozdziału 3		
5.1	Dla budowli:	-	wg PN-80/B-03040 i PN EN 1997-1 2008
5.2	Dla urządzeń:	-	
	- drgania bezwzględne	-	Klasa-A B według norm: PN-ISO 10816-1: 1998 ISO 10816-2:2001 ISO 10816-3:2009 ISO 10816-8 (dla pomp odśrodkowych) Drgania turbiny w klasie A. Klasa B dopuszczalna tylko dla kruszarek
	- drgania względne	-	Klasa-A B według norm: PN-ISO 791901:2001 ISO 7919-2:2001 ISO 7919-3:2009 Drgania turbiny w klasie A

Wreszcie na stronie 113 tej oferty, w pkt 3.3.4 *Poziom hałasu na granicy przyległych do Elektrociepłowni Tychy terenów chronionych:*

- w pkt 1 skreślenia frazy: *wraz z pracującymi wszystkimi urządzeniami Elektrociepłowni Tychy;*
- skreślono w całości pkt 2

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołania zasługują na uwzględnienie.

Tryb negocjacji z ogłoszeniem z założenia zapewnia możliwość wprowadzania zmian do opisu przedmiotu zamówienia i warunków przyszłej umowy, gdyż temu celowi, jak to wynika z art. 58 ust. 2 pzp, mają służyć rokowania prowadzone z wykonawcami, którzy złożyli oferty wstępne. Granice doprecyzowania i uzupełnienia zostały określone relatywnie szeroko w art. 59 ust. 2 pzp przez odwołanie się do kryterium istotności zmian w stosunku do pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umowy. W ten sposób z mocy ustawy pzp przedmiotowy zakres negocjacji jest ograniczony dokonaniem przez zamawiającego w wyjściowej s.i.w.z. opisem przedmiotu zamówienia i sformułowanymi tam warunkami umowy, gdyż nie jest możliwa ich zasadnicza zmiana. Od strony podmiotowej krąg wykonawców jest z kolei ograniczony prowadzoną w pierwszym etapie postępowania kwalifikacją w oparciu o podmiotowe warunki udziału w postępowaniu. Z art. 58 ust. 1 pzp

wynika jednak kolejny etap kwalifikacji i potencjalne zawężenie kręgu wykonawców biorących udział w negocjacjach, gdyż zamawiający ma prawo i obowiązek zaprosić do nich tylko tych wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu. Spośród przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pzp odpowiednie zastosowanie znajduje między odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści s.i.w.z. Ta przesłanka odrzucenia oferty powszechnie interpretowana jest w doktrynie i orzecznictwie przede wszystkim jako niezgodność w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji w stosunku do wymagań przedmiotowych s.i.w.z. Zamawiający ma zatem obowiązek odrzucić ofertę wstępną za niezgodność z treścią s.i.w.z., pomimo braku ostatecznego kształtu któregokolwiek z tych oświadczeń woli. W przypadku oferty wstępnej można wręcz mówić o ograniczonej mocy wiążącej tego oświadczenia woli wykonania zamówienia przedmiotu zamówienia, już choćby z tego powodu, że nie zawiera ono ceny. Nawet gdyby s.i.w.z. w wyniku negocjacji miała nie ulec zmianie (co świadczyłoby jednak o nieuzasadnionym wyborze tego trybu), to oferta taka nie może zostać wybrana i spowodować dojście do skutku odpłatnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przede wszystkim jednak w trybie tym, co do zasady, zamawiający mogą dopuścić proponowanie w ofertach wstępnych zmian opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy. Nie do zaakceptowania wydaje się sytuacja odrzucenia oferty wstępnej za zaproponowanie zmian do przedmiotu zamówienia lub warunków umowy, które następnie stałyby się przedmiotem negocjacji z pozostałymi wykonawcami i ostatecznie uległy zmianie przed zaproszeniem do składania ofert ostatecznych. Okoliczności te przemawiają za koniecznością zachowania ostrożności przy odpowiednim stosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – wyłącznie do przypadków, w których taka niezgodność z treścią s.i.w.z. już w przypadku treści oferty wstępnej rzeczywiście zachodzi.

W niniejszej sprawie oferty wstępne zostały odrzucone z uwagi na wprowadzenie przez Odwołujących zmian w przygotowanym przez Zamawiającego w załączniku A do załącznika nr 2 do IDW s.i.w.z. wzorze oświadczenia o spełnianiu wymaganych parametrów. Sam formularz został przygotowany w postaci nadającej się bezpośrednio do podpisania, tzn. poza wpisaniem oznaczenia wykonawcy, wystarczyło złożyć podpis pod gotowym tabelarycznym zestawieniem w 8 punktach, a tym samym oświadczyć, że zrealizowany przez danego wykonawcę przedmiot zamówienia spełni parametry techniczne opisane w lit. od A do H. Jednocześnie oświadczenie to wraz ze specyfikacją techniczną zawierającą zmiany naniesione w trybie *red mark* oraz tabelarycznym zestawieniem tych zmian wraz z ich uzasadnieniem – składają się łącznie na część techniczną oferty wstępnej. W ocenie Izby sposób przygotowania oferty technicznej w załączniku nr 2 do IDW został uregulowany w

taki sposób, że nie wynikało z niego stanowcze wyłączenie z zakresu proponowanych zmian parametrów opisanych w treści wspomnianego oświadczenia. Zawarte na początku wymaganie przedłożenia dokumentu sporządzonego w oparciu o załącznik A w formie zgodnej z wymogami IDW, jest na tyle ogólne, że nie ogranicza sposobów zastosowania się do niego wyłącznie do złożenia podpisu na przygotowanym formularzu. Jednocześnie brak w pkt 1 załącznika nr 2 do IDW stanowczego sformułowania, że załącznik A zawiera bezwzględne wymagane parametry niepodlegające zmianom. Również z zawartych w kolejnych punktach wytycznych odnośnie sposobu nanoszenia zmian do opracowanej przez Zamawiającego specyfikacji technicznej, nie wynika wyłączenie z zakresu rzeczowego zmian jakichkolwiek parametrów technicznych w niej opisanych. Skoro Zamawiający nie wyłączył możliwości nanoszenia w specyfikacji technicznej oferty wstępnej zmian dotyczących parametrów wyszczególnionych także odrębnie w załączniku A, samo dokonanie zmian w tym ostatnim dokumencie nie daje podstaw do stwierdzenia merytorycznej niezgodności oferty wstępnej ze specyfikacją techniczną. W niniejszej sprawie nie ma nawet pewności, czy Zamawiający taką niezgodność w ogóle stwierdził. Treść uzasadnień decyzji o odrzuceniu ofert wstępnych ogranicza się do analizy niezgodności treści samych oświadczeń o spełnieniu wymaganych parametrów, bez odniesienia się do treści pozostałych dokumentów składających się na ofertę techniczną. Również pomimo podniesienia w obydwu odwołaniach obszernej argumentacji powołującej się na istotne informacje wynikające z tych dokumentów, Zamawiający na rozprawie nie odniósł się do niej w ogóle, poprzestając na powielaniu i podtrzymywaniu treści zawiadomień o odrzuceniu ofert. Zamawiający nie wyraził zatem żadnych zastrzeżeń co do zaproponowania przez Odwołującego Konsorcjum SNC-Lavalin w treści specyfikacji technicznej i wyszczególnienia na odrębnej liście takich samych zmian jak te poczynione w treści załącznika A. Tymczasem rzeczywiście nie sposób odmówić w tym przypadku wewnętrznej spójności ofercie, która konsekwentnie w każdym z tych trzech dokumentów odzwierciedla w ten sam sposób proponowane przez Konsorcjum SNC-Lavalin zmiany. W ocenie Izby nie ma natomiast znaczenia nielogiczna odwrotna argumentacja z drugiego odwołania, jakoby z zaproponowanych zmian parametrów specyfikacji technicznej miałyby rzekomo wynikać jednocześnie ich potwierdzenie w niezmienionej postaci w treści niekompletnego oświadczenia załączonego do oferty wstępnej Odwołującego ZRE. Istotne jest, że przez wskazanie lokalizacji i zakresu proponowanych zmian (pkt 9 tabeli listy zmian), wiadomo co w istocie zaproponował Odwołujący ZRE w swojej ofercie wstępnej w zakresie drgań dla urządzeń. Charakterystyczne jest również to, że zaproponowanie w pkt poprzedzającym usunięcia zapisu o gwarancjach drgania budowli, nie stało się przedmiotem żadnych zastrzeżeń. Zamawiający potwierdził wręcz na rozprawie,

że gdyby same oświadczenia miały treść zgodną z załącznikiem A, to nie miałyby podstaw do zakwestionowania prawidłowości złożonych ofert wstępnych

Okazuje się zatem, że w istocie oferty wstępne Odwołujących zostały odrzucone za niedochowanie formalnego wymagania, które nie miało znaczenia dla możliwości oceny merytorycznej zgodności treści tych ofert z treścią s.i.w.z. dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia. Skoro Zamawiający dopuścił proponowanie zmian specyfikacji technicznej również w zakresie parametrów wymienionych w oświadczeniu, to nie może jednocześnie skutecznie twierdzić, że wymagał od wykonawców zagwarantowania ich spełniania w określonej przez siebie w załączniku A postaci. Izba zważyła, że tylko w przypadku stanowczego określenia w s.i.w.z. wybranych parametrów z treści specyfikacji technicznej jako niepodlegających zmianie w toku postępowania, odmienna propozycja ze strony wykonawcy skutkowałaby koniecznością odrzucenia oferty wstępnej. Zamawiający ma prawo określić swoje bezwzględne wymagania odnośnie przedmiotu zamówienia również w przypadku trybu negocjacji z ogłoszeniem – już w s.i.w.z., którą przesyła wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych. Jest to równoznaczne z określeniem w prowadzonym postępowaniu skonkretyzowanych i węższych granic negocjacji w stosunku do ogólnej regulacji art. 59 ust. 2 pzp. Prowadzenie dalszych negocjacji w zakresie parametrów bezwzględnie obowiązujących, których niespełnianie skutkowało odrzuceniem ofert wstępnych, prowadziło *de facto* do zakwestionowania zasadności czynności podjętych na wcześniejszym etapie postępowania. Choć w ujęciu wąskim nie dochodziłoby w ten sposób do odmiennego traktowania wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji, to jednak godziłoby to w przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a patrząc przez pryzmat całego postępowania, prowadziło również do ich nierównego traktowania. W niniejszej sprawie Zamawiający nie dokonał w s.i.w.z. wyraźnego określenia parametrów technicznych niepodlegających późniejszym negocjacjom, a na rozprawie oświadczył wręcz, że nie wyklucza ich prowadzenia w jakimkolwiek obszarze dopuszczonym przepisami ustawy pzp. Zamiar ten był wyrażany przez Zamawiającego już uprzednio w treści odpowiedzi udzielnych na pytania do treści s.i.w.z. przesłanej wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych. Co prawda zadawane pytania dotyczyły ewentualnych zmian warunków umowy, jednak w odpowiedzi zawartej w piśmie z 30 marca 2012 r. Zamawiający z własnej inicjatywy wskazał, że przewiduje negocjacje również w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia. Nadto z wyciągów z dokumentacji (których wiarygodność nie była kwestionowana przez Zamawiającego) innych podobnych postępowań prowadzonych przez zamawiających z Grupy Tauron, wynika, że takie negocjacje w obszarach dotyczących parametrów związanych z gwarancją poziomu hałasu

na przyległych terenach czy gwarantowanym poziomem drgań urządzeń, są normalną praktyką. Należy zauważyć, że w takiej sytuacji nie sposób przypisać oświadczeniu o zachowaniu wymaganych parametrów decydującego znaczenia dla oceny merytorycznej zgodności ofert wstępnych z treścią s.i.w.z. Jeżeli Zamawiający nie zmieni stanowiska i odrzuci propozycje zmian tych parametrów w toku dalszych negocjacji, dalsze ich podtrzymywanie przez Odwołujących narazi ich na ryzyko odrzucenia złożonych ostatecznie ofert (kwestia zasadności merytorycznej zmian proponowanych przez Odwołujących wykracza poza zakres rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie). Z kolei w razie zmiany tych parametrów, oświadczenia pozostałych wykonawców, który nie zaproponowali zmian w tym zakresie, przestaną ich wiązać, gdyż będą mieli oni prawo dostosować składane oferty do ostatecznie obowiązujących wymagań technicznych. W każdym przypadku wykonawcy mogą też uznać, że nie są zainteresowani składaniem ofert na takich warunkach, jakie ostatecznie ustali Zamawiający. Również w takim przypadku *zobowiązanie* z oferty wstępnej nie będzie miało żadnego znaczenia, gdyż wykonawcy nie mają obowiązku składać ofert ostatecznych.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 57 ust. 2 w zw. z 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, które może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania, stąd działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku w obu sprawach, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 i § 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), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania odwoławczego, na które złożyły się wpisy uiszczone przez każdego z Odwołujących oraz ich uzasadnione koszty, w ramach których w obu sprawach uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT), z ograniczeniem jego wysokości do zgodnej z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: