

WYROK
z dnia 24 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Członkowie: Barbara Bettman
Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„CONTROL PROCESS” S.A. (lider), Eneria Sp. z o. o. z siedzibą dla lidera: ul. Skrzyszowska 6, 33-100 Tarnów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie Zdrój**, protestu z dnia 20 sierpnia 2010 r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Elektrometal S.A. (lider), Zakład Projektowania i Doradztwa Technicznego „Gorprojekt” Sp. z o. o., Elektromontaż Energetyka Sp. z o. o. z siedzibą dla lidera: ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie Zdrój** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **„CONTROL PROCESS” S.A. (lider), Eneria Sp. z o. o. z siedzibą dla lidera: ul. Skrzyszowska 6, 33-100 Tarnów,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **„CONTROL PROCESS” S.A. (lider), Eneria Sp. z o. o. z siedzibą dla lidera: ul. Skrzyszowska 6, 33-100 Tarnów,**
- 3) dokonać wpłaty kwoty **8044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie Zdrój,** na rzecz **„CONTROL PROCESS” S.A. (lider), Eneria Sp. z o. o. z siedzibą dla lidera: ul. Skrzyszowska 6, 33-100 Tarnów,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą Jastrzębie Zdroju, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „budowa kogeneracyjnego układu z generatorem około 4,0 MWe zasilanego gazem z odmetanowania kopalni dla JSW S.A. KWK „Krupiński”.

Pismem z dnia 11 sierpnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elektrometal S.A. (lider konsorcjum), Zakład Projektowania i Doradztwa Technicznego „Gorprojekt” Sp. z o. o., Elektromontaż Energetyka Sp. z o. o. z siedzibą dla lidera w Cieszynie (dalej: konsorcjum Elektrometal). Tym samym pismem zamawiający poinformował również, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p., odrzucił oferty wykonawców:

- 1) Zakład Elektroniki Górniczej „ZEG” S.A. z siedzibą w Tychach,
- 2) Konsorcjum: CONTROL PROCESS S.A. (lider) oraz Eneria Sp. z o. o. z siedzibą dla lidera w Tarnowie (dalej: konsorcjum Control Process).

W uzasadnieniu odrzucenia oferty konsorcjum Control Process zamawiający wskazał, iż mając na uwadze wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1464/10) badając parametry techniczne podane w punktach 1.2, 1.3., 1.4, 1.5, 1.6, załącznika do oferty „Parametry gwarantowane układu kogeneracyjnego (str. 131 oferty), stwierdził sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ poprzez podanie niezgodnie z SIWZ jednego z parametrów. Zamawiający stwierdził, że:

- a) „zgodnie z podanymi wielkościami w punktach 1.2 i 1.4 moc w paliwie dostarczonym do układu kogeneracyjnego wynosi: $(2 \times 2000,00 \text{ kW}) / 0,4167 = 9599,23 \text{ kW}$
- b) odnosząc podaną przez wykonawcę wartość mocy cieplnej podanej w poz. 1.3 do mocy zawartej w dostarczonym paliwie (pkt. A) sprawność cieplna układu wynosi: $(2 \times 2200,00 \text{ kW}) / 9599,23 \text{ kW} = 0,4548$ tj. 45,84 %
- c) sprawność całkowita wynosi zatem: $41,67 \% + 45,84 \% = 87,51\%$
- d) wykonawca w formularzu „parametry gwarantowane układu kogeneracyjnego” w poz. 1.6 podał sprawność ogólną (całkowitą) – 87,71 %. Tym samym zamawiający stwierdził, że wykonawca zawyżył sprawność ogólną o 0,2 %
- e) natomiast moc termiczna znamionowa winna wynosić: $0,4604 \times 9599,23 = 4419,49$

- f) w przypadku sprawności cieplnej na poziomie 46,04 % moc termiczna znamionowa układu winna wynosić 4419,49 kW_t (2x2209,75 kW_t). Wykonawca wskazując na moc termiczną znamionową 4400,00 kW_t (2x2200,00 kW_t) nie uwzględnił gwarantowanej sprawności cieplnej na poziomie 46,04%. Tym samym moc termiczną znamionową układu wynoszącą 4400,00 kW_t (2x2200,00 kW_t) należy uznać jako niezgodną z treścią SIWZ.”

Wobec odrzucenia jego oferty, pismem z dnia 20 sierpnia 2010 r. protest złożyło konsorcjum Control Process zarzucając zamawiającemu:

- a) „naruszenie art. 7 w zw. z art. 87 ust.1 ustawy poprzez niewezwanie protestującego do wyjaśnień dotyczących załącznika nr 12 oferty,
- b) naruszenie art. 7 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez błędną ocenę oferty protestującego. Oferta ta nie podlega odrzuceniu, bowiem jej treści odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie parametrów wymaganych przez zamawiającego,
- c) naruszenie art. 184 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 1212. § 1 Kpc w zw. z art. 366 Kpc w zw. z art. 182 ust 2 ustawy Pzp - poprzez dokonanie czynności wykraczającej poza rozstrzygnięty przedmiot sporu. Protest ostatecznie rozstrzygnięty wyrokiem KIO/UZP 1464/10 ma powagę rzeczy osądzonej w zakresie przedmiotu rozstrzygnięcia.

W uzasadnieniu protestu wskazał, że zamawiający odrzucił jego ofertę powołując się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1464/10. Protestujący podnosił, iż zgodnie z sentencją w/w prawomocnego wyroku, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzenie oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy ZEG. Protestujący podkreślił, że „(...)stan faktyczny protestu zakończony wyrokiem KIO/UZP 1464/10 jest odmienny od przedmiotowego protestu. Sprzeczności w ofercie ZEG wprost wynikały z zastosowania dodatkowego wymiennika ciepła, co sam wykonawca ZEG przyznał zarówno w wyjaśnieniach do oferty (pismo z dnia 10 maja 2010 r.) jak i na rozprawie przed KIO. Krajowa Izba Odwoławcza bezsprzecznie więc stwierdziła, że podana w załączniku nr 12 oferty ZEG, moc znamionowa dotyczy tylko silnika, zaś sprawność cieplna dotyczy całego układu, co było sprzeczne z SIWZ. Natomiast oferta Protestującego nie przewiduje dodatkowego wymiennika ciepła, oznacza to, że trudności w wyliczeniach sprawności cieplnej, na które zwrócił uwagę zamawiający, są związane z niejasnymi wskaźnikami, które podawał sam zamawiający w siwz jak również w pytaniach i odpowiedziach do siwz (tj. zakresu koncentracji CH₄ w paliwie lub jednostkowego zużycie paliwa)”. Protestujący

stwierdził ponadto że zamawiający wykonując dyspozycję w/w wyroku, powtórzył czynności oceny ofert w zakresie wykraczającym poza sentencję i uzasadnienie orzeczenia KIO. W ocenie protestującego wyrok ma moc obowiązującą jedynie w zakresie podniesionych zarzutów, tj. w stosunku do oferty ZEG. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. protestujący wskazał, iż przedstawione w ofercie obliczenia i wartości wynikały z zapytań przedstawionych w SIWZ. W odpowiedziach zamawiający określił dokładność podawania informacji (liczba punktów będzie zaokrąglana do drugiego miejsca po przecinku), lecz nie została określona tolerancja ani dokument odniesienia.

Mając na uwadze powyższe protestujący wskazał, iż opracowując dane do tabeli stanowiącej załącznik nr 12, uwzględnił wartości z tolerancją zgodnie z PN - ISO 8528 powołaną tam PN - ISO 3046 gdzie w punkcie 13 Deklaracja zużycia paliwa 13.3 Deklaracja jednostkowego zużycia paliwa określono zużycie paliwa „Jeżeli nie stwierdzono inaczej, większe zużycie o +5% jest dopuszczalne dla jednostkowego zużycia paliwa w warunkach mocy znamionowej”. Ponadto protestujący podniósł, iż dodatkowo elementem mającym wpływ na sprawność i zużycie paliwa jest informacja pochodząca z SIWZ, gdzie zamawiający w załączniku nr 1 specyfikacja techniczna wykonania przedmiotu zamówienia w pkt. 4 wymagania dla układu w pkt. 4.5 jasno określił, że „silnik zasilany gazem z odmetanowania kopalni, dostosowanie się układu do zmiennej zawartości CH₄ w gazie w zakresie, co najmniej 40-70%”. Zamawiający powtórzył powyższy zapis w załączniku nr 12 do SIWZ, „Parametry Gwarantowane Układu Kogeneracyjnego” w pkt. 1.9 Zakres koncentracji CH₄ w paliwie (co najmniej 40-70%). Protestujący wskazał, iż „(...) ten, praktycznie ciężki do precyzyjnego wyliczenia wzrost uwzględniono w tym co Zamawiający określił jako zawyżenie sprawności. Obliczenia przedstawione w uzasadnieniu odrzucenia oferty protestującego można przyjąć za wiążące i jednoznaczne tylko i wyłącznie w przypadku jednoznacznego określenia parametrów wyjściowych tj. wartości opałowej paliwa oraz tolerancji obliczeń. Ponadto, bez podania zmian wartości opałowej w funkcji zmiany zawartości metanu w gazie oraz określania punktu nominalnego należy przyjąć rozbieżność rzędu +5 zgodnie z przywołanymi wyżej normami.”.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. protestujący wskazał, iż dokonując oceny ofert, Zamawiający bada, czy wykonawcy spełniają wymogi określone w ustawie oraz SIWZ. Jeżeli zaistnieją wątpliwości, co do treści oferty, Zamawiający może również żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert.

W przedmiotowym postępowaniu Protestujący w załączniku nr 12 do oferty o tytule „Parametry gwarantowane układu kogeneracyjnego” oferuje dostawę 2 zespołów prądotwórczych CATERPILLAR G3520C CMM (poz. 1.1 załącznika). Gwarantowane parametry oferowanego silnika wynoszą:

- sprawność elektryczna 41,67% (poz. 1.4),
- sprawność cieplna 46,04% (poz. 1.5),

- co w konsekwencji daje sprawność całkowitą (ogólną) wynoszącą 87,71% (poz. 1.6).

W ocenie protestującego w sytuacji, gdy podane wielkości budziły wątpliwości zamawiającego, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. winien on być wezwać Protestującego do złożenia wyjaśnień. Protestujący podkreślił, że Zamawiający wezwał innego wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących parametrów zawartych w zał. 12 w dniu 4 maja 2010 r. a uzyskanym wyjaśnieniom Zamawiający dał wiarę. Jako działanie naruszające równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję w ocenie protestującego należy traktować wybiórcze wzywianie wykonawców do wyjaśnień.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2010 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosiło konsorcjum Elektrometal wnosząc o oddalenie protestu w całości jako bezzasadnego.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2010 r. zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazał, iż zarzut, że zamawiający nierówno traktuje Wykonawców i narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez wybiórcze wzywianie Wykonawców do wyjaśnień jest nieuprawniony, ponieważ:

- 1) „w pierwszym etapie badania i oceny ofert (przed decyzją o wyborze najkorzystniejszej oferty), podane przez Protestującego w ofercie i przywołane w treści protestu parametry nie wzbudziły wątpliwości i Zamawiający dał im wiarę. Takie wątpliwości nasunęły się podczas badania oferty innego Wykonawcy, dlatego że parametry te odbiegały od podanych przez innych Wykonawców, a nie dlatego, że były sprzeczne z treścią SIWZ, Zatem Zamawiający zwrócił się o ich wyjaśnienie. Zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom i wybrał ofertę najkorzystniejszą.
- 2) w drugim etapie badania i oceny ofert (po wydaniu wyroku przez KIO i zgodnie z jego zakresem) Zamawiający także nie powziął wątpliwości, co do podanych przez Państwa parametrów. Stwierdził natomiast, że są one niezgodne z treścią SIWZ. Nie było potrzeby zwracać się o ich wyjaśnienie, ponieważ Zamawiający nie ma wątpliwości, co do przywołanych w uzasadnieniu do odrzucenia Państwa oferty wyliczeń. Nie miał ich także odrzucając ofertę, którą wybrano pierwotnie, jako najkorzystniejszą.”

Ponadto w rozstrzygnięciu protestu zamawiający wskazał, iż protestujący nie zwracał się o wyjaśnienia treści załącznika nr 12 do SIWZ, składając ofertę przyjął do wiadomości warunki określone w SIWZ, wskazał swoje parametry zgodnie z treścią załącznika nr 12 do SIWZ wobec czego nie można mówić, że zapisy SIWZ są niejasne i nieprecyzyjne. W zakresie zarzutu naruszenie art. 7 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez błędną ocenę oferty protestującego, zamawiający wskazał, iż „(...) Wychodząc, czy to od wartości

mocy termicznej i sprawności cieplnej, czy mocy elektrycznej i sprawności elektrycznej, moc w paliwie dostarczonym do układu powinna być taka sama (nieistotne czy zwiększona o 5% czy też nie, ale taka sama). Jest to podstawowa metoda sprawdzenia prawidłowości podanych parametrów technicznych dla układu kogeneracyjnego. W tym przypadku wartości są różne: wychodząc z mocy elektrycznej i sprawności elektrycznej moc w paliwie wynosi 9 599,23 kW, natomiast wychodząc z mocy termicznej i sprawności cieplnej moc w paliwie wynosi 9 556,91 kW. Zatem podane parametry są niezgodne z treścią SIWZ.”. W zakresie zarzutu naruszenia art. 184 ust. 6 ustawy p.z.p. w zw. z art. 1212. § 1 kpc w zw. z art. 366 kpc w zw. z art. 182 ust 2 ustawy p.z.p. zamawiający stwierdził, iż nie dokonał czynności wykraczającej poza rozstrzygnięty przedmiot sporu gdyż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej dokonał ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający wskazał, iż odrzucił oferty w postępowaniu w wyniku ponownej przeprowadzonej w całości oceny i ponownego badania wszystkich ofert, które brane były pod uwagę na etapie analizy kryteriów oceny ofert a za nieuzasadnione należy uznać twierdzenia protestującego, iż mógł to zrobić jedynie w zakresie zawężonym do uzasadnienia orzeczenia KIO.

Wobec takiego rozstrzygnięcia protestujący w dniu 13 września 2010 r. złożył odwołanie ponawiając zarzuty i żądania zawarte w proteście oraz podtrzymując dotychczasową argumentację.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 20 września 2010 r. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosiło konsorcjum Elektrometal S.A. wnosząc o jego oddalenie w całości, jako bezzasadnego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron oraz przystępującego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy p.z.p. w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż zamawiający w pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ – specyfikacja techniczna wykonania przedmiotu zamówienia określił szczegółowe wymagania dla układu określając m.in.:

- 1) moc elektryczna: 4000 kW \pm 100 kW,
- 2) moc termiczna: nie mniej niż 4000 kW, Kogeneracja (wymyenniki I^o i II^o) z płynną regulacją odbioru ciepła,
- 3) sprawność elektryczna minimalna: 41 %,
- 4) silnik zasilany gazem z odmetanowania kopalni, dostosowanie się układu do zmiennej zawartości CH₄ w gazie w zakresie, co najmniej 40-70 %,

Izba ustaliła również, iż zamawiający nie określił w żaden sposób granicznej (wymaganej) sprawności cieplnej układu. Ponadto zamawiający, zobowiązał wykonawców do określenia parametrów gwarantowanych układu kogeneracyjnego (załącznik nr 12 do SIWZ) zobowiązując jednocześnie wykonawców do złożenia oświadczenia „(...) Oświadczamy, że wszystkie parametry podane w formularzu [zał. Nr 12 do SIWZ] w punktach 1 i 2 są przez nas gwarantowane. W przypadku, gdy parametry te nie będą dotrzymane w okresie 10 lat eksploatacji układu kogeneracyjnego, Wykonawca pokryje Zamawiającemu wszelkie straty wynikłe z niedotrzymania tych parametrów.”.

Zgodnie z załącznikiem nr 12 do SIWZ pkt 1.5 wykonawcy mieli podać gwarantowaną sprawność cieplną układu kogeneracyjnego. Dodatkowo Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt XVII SIWZ, jako jedno z kryteriów oceny ofert zamawiający wskazał współczynnik sprawności całkowitej (15%) stanowiący sumę sprawności elektrycznej i cieplnej. Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający nie określił żadnego sposobu wypełniania załącznika nr 12 do SIWZ jak też sposobu wyliczania parametrów gwarantowanych w tym w szczególności sprawności cieplnej układu kogeneracyjnego. Okoliczności te zamawiający potwierdził na rozprawie.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 7 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy p.z.p. Izba podzieliła argumentację zamawiającego uznając ten zarzut za zasadny. Izba nie dopatrzyła się niezgodności treści oferty złożonej przez odwołującego z treścią SIWZ. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. dotyczy materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania wyrażonego w ofercie z zakresem zobowiązania, które chce uzyskać zamawiający, i które opisał w SIWZ. Skoro zamawiający jak sam przyznał nie określił granicznej wartości sprawności cieplnej układu kogeneracyjnego, nie określił sposobu dochodzenia, wyliczania

parametrów układu kogeneracyjnego zawartych w załączniku nr 12 do SIWZ oraz jak sam przyznał na rozprawie sposób wyliczenia sprawności cieplnej układu zastosowany przez odwołującego jest prawidłowy a różnica w wyliczeniach wynika z metody, sposobu zaokrąglania to nie można mówić o jakiegokolwiek sprzeczności tego co faktycznie zaoferował odwołujący z oczekiwaniami zamawiającego, które chce uzyskać zamawiający i które szeroko opisał w SIWZ. Skoro zamawiający oczekiwał wyliczenia sprawności cieplnej z mocy termicznej w określony sposób winien to być uwzględnić konstruuując w tym kierunku zapisy SIWZ. W ocenie Izby definiowanie takiego sposobu przez zamawiającego na etapie oceny ofert i wyciąganie z tego negatywnych skutków wobec wykonawców jest nieuprawnione. Izba stwierdziła, iż w zakresie parametrów granicznych układu kogeneracyjnego określonych w SIWZ w tym minimalnej mocy termicznej znamionowej, odwołujący złożył ofertę w pełni zgodną z wymaganiami zamawiającego. Izba wskazuje, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ skutkująca odrzuceniem oferty musi wynikać w sposób niebudzący wątpliwości z treści tych dokumentów i nie może być domniemana, dlatego też wskazywanie, jako podstawy stwierdzenia niezgodności w oparciu o bliżej nieokreślone zasady matematyki i fizyki nie czyni zadość konkretyzacji wskazania niezgodności. Zamawiający wskazując na rozprawie, konieczność korelacji pomiędzy mocą termiczną znamionową a sprawnością cieplną nie wskazał żadnego zapisu SIWZ, z którego taki obowiązek by wynikał.

Odnosząc się do twierdzeń zamawiającego, iż postanowienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2010 r. (sygn. akt 1464/10) mają bezpośrednie zastosowanie w niniejszej sprawie w zakresie prawidłowości oceny ofert, Izba wskazuje, iż wyrok ten wydany został w innym stanie faktycznym wobec innego wykonawcy. Ponadto Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, że jeżeli wykonawca miał wątpliwości, co do rozumienia treści SIWZ to mógł zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienia. Izba stoi na stanowisku, że zamawiający nie może obowiązku sporządzenia oraz doprecyzowania SIWZ przerzucać na wykonawców twierdząc, iż w toku postępowania mają oni prawo zadawania pytań. Mając na względzie powyższe nie można mówić o niezgodności treści oferty z SIWZ skoro zamawiający nie określił żadnych zapisów, na które teraz powołuje się twierdząc o niezgodności oferty odwołującego z SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. Izba uznała ten zarzut za zasadny. Izba stwierdza, iż art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. konstytuuje uprawnienie a nie obowiązek zamawiającego, jednakże Izba stoi na stanowisku, że zamawiający winien dążyć do gruntownego zbadania ofert celem prawidłowej i rzetelnej oceny prowadzącej do wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak wcześniej wskazano zamawiający dokonywał wyliczenia sprawności cieplnej zaoferowanego układu kogeneracyjnego na podstawie danych określonych w załączniku nr 12 do SIWZ uzyskując inne wyniki w zależności od

zastosowanej metody. Już takie ustalenia winny budzić wątpliwości zamawiającego, które powinien był wyjaśnić.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 184 ust. 6 w związku z art. 1212 § 1 kpc w związku z art. 366 kpc w związku z art. 182 ust. 2 p.z.p. Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego gdyż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1464/10) zamawiający został zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert. Izba nie uwzględniła stanowiska odwołującego, iż zamawiający wykonując wyżej wskazany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej mógł i powinien był dokonać ponownego badania i oceny jedynie oferty kwestionowanej przez odwołującego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 191 ust. 1a ustawy p.z.p., orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....