

Sygn. akt KIO 564/12

WYROK
z dnia 04 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **03 kwietnia 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2012 r. przez wykonawcę **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ul. Podmiejska 7, 44-207 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Elektrociepłownię „KRAKÓW” SA z siedzibą w Krakowie, Elektrownię „Rybnik” z siedzibą w Rybniku, Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA SA z siedzibą we Wrocławiu reprezentowane przez EDF Polska CUW Sp. z o.o., ul. Nowy Świat 19, 00-029 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **TurboCare Sp. z o.o., ul. Paprotna 12a, 51-117 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 564/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i nakazuje w jej ramach dokonanie poprawy oferty TurboCare Sp. z o.o., ul. Paprotna 12a, 51-117 Wrocław w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zmianę treści nagłówka załącznika 9.2 oraz załącznika nr 13.2 w sposób wskazany w uzasadnieniu, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji w nim wskazanych;**

2. kosztami postępowania obciąża **Elektrociepłownie „KRAKÓW” SA z siedzibą w Krakowie, Elektrownie „Rybnik” z siedzibą w Rybniku, Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA SA z siedzibą we Wrocławiu reprezentowane przez EDF Polska CUW Sp. z o.o., ul. Nowy Świat 19, 00-029 Warszawa** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ul. Podmiejska 7, 44-207 Rybnik** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złote zero groszy) przez **Elektrociepłownie „KRAKÓW” SA z siedzibą w Krakowie, Elektrownie „Rybnik” z siedzibą w Rybniku, Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA SA z siedzibą we Wrocławiu reprezentowane przez EDF Polska CUW Sp. z o.o., ul. Nowy Świat 19, 00-029 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ul. Podmiejska 7, 44-207 Rybnik** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia 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, ze zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Remonty kapitalne turbin w grupie EDF w latach 2012-2014*” (nr ref. CK/ZP/BIW/270711/030), zostało wszczęte przez Elektrociepłownię „KRAKÓW” SA z siedzibą w Krakowie, Elektrownię „Rybnik” z siedzibą w Rybniku, Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA SA z siedzibą we Wrocławiu reprezentowane przez EDF Polska CUW Sp. z o.o., ul. Nowy Świat 19, 00-029 Warszawa zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 198-322934 z dnia 14.10.2011 r.

W dniu 12.03.2011 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej TurboCare Sp. z o.o., ul. Paprotna 12a, 51-117 Wrocław zwana dalej: „*TurboCare Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*”

W dniu 22.03.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” odwołanie Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o., ul. Podmiejska 7, 44-207 Rybnik zwana dalej: „*Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*” na ww. czynność. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 22.03.2012 r. (e-mailem). W ocenie Odwołującego naruszenie Zamawiającego polega na:

a) zaniechaniu odrzucenia oferty TurboCare Sp. z o.o., pomimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*”,

b) zaniechaniu odrzucenia oferty TurboCare Sp. z o.o. pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w szczególności naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust, 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz.1503 ze zm.) zwanej dalej: „*UZNK*”. Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;

b) dokonania ponownego badania i oceny oferty TurboCare Sp. z o.o., w tym odrzucenie oferty TurboCare Sp. z o.o. Odnośnie niezgodność treści oferty TurboCare Sp. z o.o. z treścią SIWZ stwierdził co następuje. Oferta złożona przez TurboCare Sp. z o.o. powinna podlegać odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, tj. na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu został podzielony na zadania (bez możliwości składania ofert częściowych), które obejmują wykonanie remontów kilku turbozespołów, m.in. dwóch turbozespołów Elektrowni Rybnik - TG 5 i TG 8. Zamawiający w części dotyczącej remontu turbiny TG5 w Elektrowni Rybnik przygotował i dołączył do specyfikacji technicznej odpowiednio wzór Załącznika nr 9, który miał zostać wypełniony przez wykonawców i dołączony do oferty. Załącznik nr 9 dzielił się na dwie części: Załącznik nr 9.1. „Wycena prac objętych przedmiotem zamówienia” oraz Załącznik nr 9.2. pod nazwą „Wykaz części zamiennych dostarczanych przez Zamawiającego i Wykonawcę”. Załącznik nr 9.2. składał się z dwóch osobnych tabel, które zawierały odpowiednio wykaz części zamiennych, które mają zostać dostarczone przez wykonawcę w ramach realizacji zamówienia oraz wykaz części zamiennych dostarczanych przez Zamawiającego. Treść Załącznika nr 9 nie została zmieniona w trakcie trwania Postępowania. Tabela części zamiennych, które mają zostać dostarczone przez Wykonawcę, zawierała wykaz elementów (części zamiennych), ich ilość oraz nr rysunku. Części te miały zostać również wycenione przez Wykonawcę. Łączna cena za części zamienne miała zostać w kalkulowana w cenę ostateczną za wykonanie remontu całej turbiny. Zgodnie z § 21 pkt 8 SIWZ wykonawca na formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1 Specyfikacji Technicznej (część II SIWZ) zobowiązany był przedstawić ceny netto remontów kapitalnych poszczególnych turbin, natomiast zgodnie z § 21 pkt 9 SIWZ wykonawca musiał wypełnić również załączniki cenowe - zakresy prac stanowiące Załączniki nr 8-12 do Specyfikacji Technicznej (część II SIWZ). TurboCare Sp. z o.o. nie złożyła oferty, która odpowiada wyżej wymienionym wymogom. W Załączniku nr 9.2 (tabela pierwsza) dołączonym do oferty, TurboCare Sp. z o.o. wyspecyfikowała, iż części zamienne - które miał zgodnie z wymogami SIWZ dostarczyć Wykonawca - mają być dostarczone przez Zamawiającego. Powyższe oznacza, że oferta TurboCare Sp. z o.o. nie została złożona na cały zakres zamówienia. Część obowiązków wykonawcy TurboCare Sp. z o.o. przerzucił na Zamawiającego oczekując od niego dostarczenia części zamiennych, które według wymagań SIWZ miały zostać dostarczone przez wykonawcę. Konsekwencją takiego działania TurboCare Sp. z o.o. jest niewliczenie cen za części zamienne w cenę za wykonanie remontu całej turbiny TG 5. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu (z wyjątkiem TurboCare Sp. z o.o.) wyliczyli wartość oferowanych w Załączniku nr 9.2 części zamiennych oraz wyraźnie wskazali (w Załączniku nr 1, Załączniku nr 9.1 lub Załączniku nr 9.2), iż wartość części zamiennych powiększa wartość remontu za całą turbinę. Jedynie wykonawca TurboCare Sp. z o.o. nie sprostował temu obowiązkowi. Dołączając do oferty Załącznik nr 9.1. wykonawca TurboCare Sp. z o.o. w pozycji, w której teoretycznie mógł kalkulować ceny za części zamienne, tj. w poz. nr 3 „Remont kapitalny turbogeneratorsa” w części „Uwagi” wpisał, że oferowana przez niego cena jest ceną za całość prac za wyjątkiem prac podanych w pkt

1, 3 i 4 Załącznika 9.1. Ponieważ pozycje 1, 3 i 4 nie dotyczą części zamiennych stwierdzić należy, że TurboCare Sp. z o.o. nie wskazał, iż cena za remont kapitalny turbogeneratora obejmuje również części zamienne. Ponadto podkreślić należy, że TurboCare Sp. z o.o. konsekwentnie postępuje się sformułowaniem „prace”. Za „prace” nie sposób uznać cen za osobno wyceniane części zamienne przeznaczone do remontu turbin. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku remontu turbiny TG8 w Elektrowni Rybnik. Przygotowany przez Zamawiającego Załącznik nr 12 dotyczący tej turbiny również obejmował załącznik cenowy oraz tabelę z częściami zamiennymi, które miały zostać wycenione i dostarczone przez wykonawcę. Wykonawca TurboCare Sp. z o.o. również w zakresie dotyczącym turbiny TG 8 przerzucił na Zamawiającego obowiązek dostarczenia części zamiennych. Mając na uwadze, że wartość części zamiennych zamieszczonych w ofercie TurboCare Sp. z o.o. wynosi około 1 mln zł netto dla każdej z turbin Elektrowni Rybnik, niewliczenie wartości tych części do ceny oferty powoduje jej zaniżenie o około 2,5 mln zł brutto. Działania wykonawcy TurboCare Sp. z o.o. nie sposób zignorować. Sposób przygotowania oferty przez TurboCare Sp. z o.o. oznacza dowolność w kreowaniu zakresu przedmiotu zamówienia oraz dostosowywania warunków umowy o zamówienie publiczne. Gdyby doszło do podpisania umowy o zamówienie publiczne z wykonawcą TurboCare Sp. z o.o., Zamawiający przyjąłby na siebie odpowiedzialność za dostarczenie wszystkich części zamiennych na remont turbiny TG5 i TG8 w Elektrowni Rybnik, co - jak jednoznacznie wynika z zapisów SIWZ - nie było intencją Zamawiającego. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 28.04.2011 r., sygn. akt: KIO 788/11.

Odnośnie czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z Rozdziałem III SIWZ „*Warunki udziału w Postępowaniu*” pkt 1 f każdy wykonawców musiał wykazać się wykonaniem co najmniej trzech zamówień związanych z czyszczeniem hydrodynamicznym układów olejowych turbozespołów o mocy powyżej 100 MW w ciągu ostatnich 3 lat licząc od dnia ukazania się ogłoszenia o wszczęciu Postępowania, w zakresie nie mniejszym niż podany w załącznikach 8-12 do części II SIWZ. Bazując na wyjaśnieniach. Pełnomocnika Zamawiającego z dnia 09.11.2011 r. czyszczenie hydrodynamiczne układów olejowych turbozespołów oznacza czyszczenie wodą. W celu wykazania spełnienia powyższego warunku udziału w Postępowaniu TurboCare Sp. z .o.o. posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego firmy BBT Sp. z .o.o. z siedzibą w Rzeszowie i załączył do oferty referencje wystawione na rzecz tej firmy. Z uwagi na fakt, że na polskim rynku jedynie spółka ECOL Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku posiada opatentowaną technologię procesu hydrodynamicznego czyszczenia układu olejowego Pełnomocnik Zamawiający w dniu 24.01.2012 r. wezwał TurboCare do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku z Rozdziału III pkt 1 f SIWZ. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego TurboCare Sp. z .o.o. m.in. przedłożył oryginał zobowiązania firmy ECOL Sp. z o.o. o udostępnieniu zasobów z dnia 30.11.2011 r.,

w którym ECOL Sp. z o.o. oświadczyła również, że będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia jako podwykonawca TurboCare Sp. z o.o. Ponieważ oświadczenie ECOL Sp. z o.o. o udostępnieniu zasobów było datowane na dzień 30.11.2011 r. rozumiemy, że TurboCare Sp. z o.o. pomimo dysponowania tym oświadczeniem już w dniu składania ofert nie dołączył go do pierwotnej wersji oferty. W pierwotnej wersji oferty TurboCare Sp. z o.o. posłużył się oświadczeniem firmy BBT Sp. z o.o., która nie posiada opatentowanej technologii procesu hydrodynamicznego czyszczenia układu olejowego i tę firmę wskazał jako podwykonawcę w realizacji tego typu prac. Mając jednak na uwadze, że warunki udziału w postępowaniu TurboCare Sp. z o.o. musiał spełniać już na dzień składania ofert, a tylko udostępnienie zasobów przez ECOL Sp. z o.o. dawało pełnomocnikowi Zamawiającego podstawę do niewykluczenia TurboCare Sp. z o.o. z postępowania przyjąć należy, że do kalkulacji cenowej w ramach hydrodynamicznego czyszczenia układów olejowych wykonawca TurboCare Sp. z o.o. musiał przyjąć ofertę cenową ECOL Sp. z o.o. przy których to pracach wykonawca TurboCare Sp. z o.o. zmuszony będzie do skorzystania z podwykonawstwa ECOL Sp. z o.o. Ponieważ zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego firma ECOL Sp. z o.o., z referencji której korzystał każdy wykonawca biorący udział w Postępowaniu, zaproponowała wszystkim wykonawcom zbliżone warunki cenowe za czyszczenia hydrodynamiczne, zaoferowanie przez TurboCare Sp. z o.o. Zamawiającemu za realizację tej usługi kwot - 248 000, 00 zł netto na turbinę TG5 i 260 000, 00 zł netto na turbinę TG 8 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ceny te są o około 80 000 zł netto niższe niż cena zaoferowana przez kolejnego wykonawcę. Poniżej zestawienie cen za hydrodynamiczne czyszczenie i płukanie rurociągów układów olejowych w Elektrowni Rybnik na turbinę TG5 - Załącznik nr 9.1.: Polimex-Mostosol S.A. - 550 000,00 zł netto; Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. - 447 824,26 zł netto; Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. - 351 250,00 zł netto; Konsorcjum Alstom Power Sp. z o.o. Metal Export Sp. z o.o. S.K.A. - 330 980, 00 zł netto; TurboCare Sp. z o.o. - 248 000, 00 zł netto oraz turbinę TG 8-Załącznik nr 13.1.: Polimex-Mostosol S.A. - 565 000,00 zł netto; Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. - 470 038,76 zł netto; Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. - 367 225,00 zł netto; Konsorcjum Alstom Power Sp. z o.o. Metal Export Sp. z o.o. S.K.A. - 334 880, 90 zł netto; TurboCare Sp. z o.o. - 260 000, 00 zł netto. Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza ten interes. W doktrynie podkreśla się, że aby doszło do czynu nieuczciwej konkurencji, kumulatywnie muszą być spełnione trzy przesłanki;

- (i) związek czynu z działalnością gospodarczą,
- (ii) sprzeczność czynu z prawem lub dobrymi obyczajami oraz
- (iii) zagrożenie lub naruszenie przez to działanie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

(E. Nowinska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2008, s. 45.). Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie przyjmuje się, że czyny nieuczciwej konkurencji wskazane w art. 5 - art. 17e UZNK nie tworzą zamkniętego katalogu, tj. za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów UZNK może być uznane także działanie nie wymienione w tych przepisach, jeżeli spełnia przesłanki wskazane w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji (*wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2009 r., II CSK 44/09*). Wszystkie trzy przesłanki, wskazane w art. 3 ust. 1 UZNK, zostały w niniejszej sprawie spełnione. TurboCare Sp. z o.o., składając swoją ofertę, dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK. Po pierwsze, niewątpliwie TurboCare dopuścił się tego czynu w związku z prowadzoną przez siebie działalnością gospodarczą. Po drugie, skutkiem tego czynu jest naruszenie (a co najmniej zagrożenie) interesu innego przedsiębiorcy lub klienta - w tym przypadku jest to naruszenie interesu zarówno Zamawiającego, jak i interesu Odwołującego, który został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Po trzecie, w odniesieniu do ostatniej przesłanki z art. 3 ust. 1 UZNK należy wskazać, że w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, iż pojęcie dobre obyczaje jest nieostre i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określoną treść (*R. Stefanicki, Klauzula dobrych obyczajów jako kluczowa konstrukcja w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Prawo Spółek, 2000, Nr7-8, s. 56 i n.* W okolicznościach tej sprawy dobrym obyczajem naruszonym przez TurboCare jest oferowanie usługi hydrodynamicznego czyszczenia i płukania rurociągów za cenę nieodpowiadającą jej wartości i jakości, tj. bez uwzględnienia godnego poziomu marży, przy konieczności skorzystania z usług podwykonawcy – ECOL Sp. z o.o. W konsekwencji oznacza to konieczność odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający w dniu 23.03.2012 r. wezwał (faxem i e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 26.03.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) TurboCare Sp. z o.o., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Tego samego dnia przesłał sprostowanie, którego kopie także przekazał Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ (cz. I, w tym formularzem ofertowym, cz. II – „Wymaganiami ogólnymi”, „załącznikiem nr 1 do II części SIWZ”, „częścią opisową – załącznika nr 9 do II części SIWZ”, „częścią opisową – załącznik nr 12 do II części SIWZ”, „załącznikiem nr 9.1 oraz 9.2 do II części SIWZ”, załącznikiem nr 13.1 oraz 13.2 do II części SIWZ”), ofertą Przystępującego, jak i pozostałych uczestników przedmiotowego postępowania, a zwłaszcza formularzem ofertowym, załącznikiem nr 1 do II części SIWZ, załącznikiem nr 9.1 oraz 9.2 do II części SIWZ, jak i 13.1 oraz 13.2 do II części SIWZ załączonymi do oferty Przystępującego i pozostałych uczestników przedmiotowego postępowania, pismem Zamawiającego z dnia 24.01.2012 r., odpowiedzią Przystępującego z dnia 30.01.2012 r. wraz z załącznikami w tym oświadczeniem firmy BBT z dnia 26.01.2012 r. (w zakresie wskazanych pism Zamawiającego, jak i Przystępującego nie zostały one przesłane i stanowią element oryginalnej dokumentacji), zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołaniem, przystąpieniem, pismem Zamawiającego z dnia 26.03.2012 r. oraz z dnia 28.03.2012 r. oraz odpowiedzią Przystępującego z dnia 28.03.2012 r. stanowiącymi element oryginalnej dokumentacji nie przesłany do KIO, złożonymi na rozprawie przez Odwołującego – kopią dokumentu patentowego, pismem firmy Ecol Sp. z o.o. z dnia 21.03.2012 r., kopią oferty Ecol Sp. z o.o. w zakresie hydrodynamicznego czyszczenia układu olejowego m.in. TG 5 i TG 8, wyciągiem ze wzoru umowy oraz wyciągami ofert pozostałych uczestników postępowania także Odwołującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, którego oferta była cenowo na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert, zaraz po ofercie najkorzystniejszej cenowo, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów wobec oferty najkorzystniejszej cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 564/11, jak również z dokumentacji oryginalnej przedłożonej przez Zamawiającego

przed zamknięciem rozprawy, postanowień SIWZ (cz. I, w tym formularza ofertowego, cz. II – „Wymagań ogólnych”, „załącznika nr 1 do II części SIWZ”, „części opisowej – załącznika nr 9 do II części SIWZ”, „części opisowej – załącznik nr 12 do II części SIWZ”, „załącznika nr 9.1 oraz 9.2 do II części SIWZ”, załącznika nr 13.1 oraz 13.2 do II części SIWZ”), oferty Przystępującego, jak i pozostałych uczestników przedmiotowego postępowania, a zwłaszcza formularza ofertowego, załącznika nr 1 do II części SIWZ, załącznika nr 9.1 oraz 9.2 do II części SIWZ, jak i 13.1 oraz 13.2 do II części SIWZ załączonymi do oferty Przystępującego i pozostałych uczestników przedmiotowego postępowania, pisma Zamawiającego z dnia 24.01.2012 r., odpowiedzi Przystępującego z dnia 30.01.2012 r. wraz z załącznikami w tym oświadczenia firmy BBT z dnia 26.01.2012 r. (w zakresie wskazanych pism Zamawiającego, jak i Przystępującego nie zostały one przesłane i stanowią element oryginalnej dokumentacji), zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołania, przystąpienia, pisma Zamawiającego z dnia 26.03.2012 r. oraz z dnia 28.03.2012 r. oraz odpowiedzi Przystępującego z dnia 28.03.2012 r. stanowiącymi element oryginalnej dokumentacji nie przesłany do KIO, złożonego na rozprawie przez Odwołującego - wyciągu ze wzoru umowy, jak i wyciągów ofert pozostałych uczestników postępowania także Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Izba nie uznała, jako dowodu w sprawie złożonych na rozprawie przez Odwołującego - kopii dokumentu patentowego, pisma firmy Ecol Sp. z o.o. z dnia 21.03.2012 r., kopii oferty Ecol Sp. z o.o. w zakresie hydrodynamicznego czyszczenia układu olejowego m.in. TG 5 i TG 8, uznając niniejsze dokumenty za bezprzedmiotowe. Uzasadnienie w tym zakresie zostanie przedstawione przy rozpatrywaniu drugiego zarzutu.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego, poparty przez Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp. Izba wzięła pod uwagę treść pism z dnia 09.04.2009 r. (UZP/DP/O-JDU/21075/6632/09) oraz 10.02.2012 r. (UZP/DP/O-JNI/1195/1537/12) przedłożonych w kopii przez Zamawiającego. Jednakże, wskazuje, że w zakresie kwestii ustalenia, czy Zamawiający jest Zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust.1 pkt 4 Pzp, konieczne jest każdorazowo dokonanie ustaleń dotyczących danego stanu faktycznego. Izba nie neguje stanowiska wyrażonego pismem z dnia 09.04.2009 r. przez Prezesa UZP, jednakże Zamawiający złożył jedynie oświadczenie nie poparte żadnymi dowodami, że w odniesieniu do instytucji, które reprezentuje mamy do czynienia z prowadzeniem przez nie działalności nie na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych. Inaczej mówiąc nie wykazał, że są to podmioty prywatne prowadzące działalność na podstawie koncesji, o której jest mowa w art. 32 ust.1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.). Względem drugiego ze

stanowisk wynikających z pisma z dnia 10.02.2012 r., należy konsekwentnie wskazać, że także w tym wypadku Zamawiający złożył na posiedzeniu jedynie oświadczenie woli, że mamy do czynienia z podmiotami prywatnymi kontrolowanymi w ponad 50 % przez podmiot prawa publicznego pochodzący z Republiki Francuskiej. W tym, jednakże wypadku, istotną kwestią jest, czy art. 3 ust.1 pkt 4 Pzp w zakresie dotyczącym kontrolowania w ponad 50 % przez podmioty prawa wskazane w art. 3 ust.1 pkt 1-3a należy odnosić do terytorium Polski, czy też całej Unii Europejskiej. Izba w tym zakresie oparła swoje stanowisko na stanowisku wynikającym z pisma Komisji Europejskiej z dnia 16.08.2010 r. (MARKT/C2/LR/nk ARES (2010)/567450), które stwierdza, że: „(...) definicja „przedsiębiorstwa publicznego” nie zawiera odniesienia do państwa członkowskiego, w którym przedsiębiorstwo jest zarejestrowane, lub w którym prowadzi ono działalność, do której stosują się przepisy dyrektywy (...)” „(...) zamówienia udzielone w związku z fizycznym wykorzystaniem sieci lub obszaru geograficznego w ramach Wspólnoty – a więc, na terenie któregośkolwiek państwa członkowskiego Unii Europejskiej – mogą podlegać przepisom dyrektywy, niezależnie od tego, z którego Państwa Członkowskiego pochodzi podmiot zamawiający, oraz niezależnie od tego, które Państwo Członkowskie wywiera dominujący wpływ na przedsiębiorstwo dokonujące zamówienia. W związku z powyższym, służby komisji uważają, że przedsiębiorstwo, (...) powinno być uznane za „przedsiębiorstwo publiczne” i jako takie, zobowiązane jest do stosowania przepisów dyrektywy w przypadku udzielania zamówień wchodzących w jej przedmiotowy zakres zastosowania, niezależnie od tego, w którym Państwie Członkowskim następuje zamówienie i niezależnie od tego, w którym Państwie Członkowskim prowadzona jest dana działalność (...)”. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że zmiana stanowiska Zamawiającego, co do swojego statusu zaistniała dopiero na posiedzeniu, wyjaśnienie w tym zakresie wskazujące na pismo z dnia 10.02.2012 r. nie tłumaczy, dlaczego nie unieważnił Zamawiający przedmiotowego postępowania skoro uznawał, że prowadzi je „zbytecznie”, także nie potrafił Zamawiający zająć stanowiska odnośnie dwóch innych postępowań prowadzonych zgodnie z Pzp ogłoszonych na początku bieżącego roku.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na okoliczności wskazane w dalszej części.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, polegającą na przerzuceniu przez Przystępującego na Zamawiającego obowiązku dostarczenia części zamiennych do remontu turbogenerators TG5 i TG8, jak i nie ujęcia w cenie niniejszych remontów cen części zamiennych wymaganych przez Zamawiającego, Izba uznała niniejszy zarzut za wymagający uwzględnienia. Jednakże, uczyniła to tylko i wyłącznie z uwagi na konieczność

sanowania oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie pierwszego elementu zarzutu, w pozostałym zakresie uznając, że zarzut nie został potwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zgodnie z § 19: „Opis sposobu przygotowania oferty” ust. 2 lit a, b i c cz. I SIWZ Zamawiający wymagał, aby składana oferta zawierała m.in.: formularz ofertowy – załącznik nr 1 do Cz. I SIWZ, wypełniony formularz cenowy zakresu prac stanowiący załącznik nr 1 do cz. II SIWZ, wypełnione załączniki cenowe (prac i części) – zakresy prac stanowiące załączniki nr 8-12 do Cz. II SIWZ. Według § 21: „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” cz. I SIWZ – Cenę należało podać w złotych polskich. Zamawiający wymagał, aby cena podana w formularzu ofertowym zawierała łączną cenę brutto za realizację przedmiotu zamówienia w PLN oraz jej rozbitcie na cenę netto w PLN i kwotę podatku VAT w PLN (ust.1). Wykonawca dodatkowo na formularzu cenowym – załącznik nr 1 do Cz. II SIWZ – miał przedstawić ceny netto remontów kapitalnych poszczególnych turbin (ust. 8). Nadto, Wykonawca miał wypełnić załączniki cenowe – zakresy prac stanowiące – załączniki nr 8-12 do Cz. II SIWZ. W ramach cz. II SIWZ – „Wymagania ogólne” – na str. 19 i 20 odniósł się Zamawiający do części zamiennych dostarczanych tak przez Zamawiającego, jak i Wykonawców odwołując się, w obu wypadkach, do załączników cenowych – zakres prac – załączniki nr 8-12 do Cz. II SIWZ. Powyższe zostało powtórzone z powołaniem się na – wymagania ogólne – w części opisowej – załącznika nr 9 do II części SIWZ oraz w części opisowej – załącznik nr 12 do II części SIWZ (odpowiednio str. 23 i 22). W ramach pkt 6 w wymaganiach ogólnych, jak i w części opisowej – załącznika nr 9 do II części SIWZ oraz w części opisowej – załącznik nr 12 do II części SIWZ zawarto zakres prac objętych wyceną. Wskazując, że – w załącznikach nr 8-12 – Załączniki cenowe – zakres prac, przedstawiono zestawienie zakresu rzeczowego prac i dostaw. W ofercie Oferent podaje wycenę prac określonych w załączniku cenowym – zakresie prac. Ceny w tabeli są cenami ryczałtowymi, a cena ofertowa jest sumą tych cen. W ramach załączników szczegółowych skonkretyzował wskazane postanowienia ogólne, stwierdzając, że: *„W załączniku nr 9.1 „Wycena prac objętych przedmiotem zamówienia” przedstawiono zestawienie zakresu rzeczowego prac i dostaw. W ofercie Oferent podaje wycenę prac określonych w załączniku Cenowym – Zakresie Prac”*; *„W załączniku nr 13.1 „Wycena prac objętych przedmiotem zamówienia” przedstawiono zestawienie zakresu rzeczowego prac i dostaw. W ofercie Oferent podaje wycenę prac określonych w załączniku Cenowym – Zakresie Prac”*. W niniejszych załącznikach wskazano także, że celem zadania jest wykonanie remontów kapitalnych turbozespołów wskazując w tabeli m.in. TG 5 (poz. 2) oraz TG 8 (poz. 5). W załącznikach szczegółowych określił, że pod pojęciem remontu (TG5 i 8) należy rozumieć zespół czynności technologicznych zmierzających do doprowadzenia urządzeń do stanu pełnej

sprawności technicznej zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową (str. 2 obu załączników). Odnosząc się do kwestii dotyczących TG 5 i TG 8, Zamawiający wskazał w przedmiotowych załącznikach szczegółowych (w obu wypadkach str.7), że w ramach zakresu rzeczowego znajduje się remont elementów układu regulacji turbiny 13K215 bloku 5 oraz odpowiednio remont elementów układu regulacji turbiny 13K215 bloku 8. Zakres prac dla remontu elementów układu regulacji turbiny 13K215 bloku 5 i 8 Zamawiający wskazał w części opisowej – załącznika nr 9 do II części SIWZ oraz w części opisowej – załącznik nr 12 do II części SIWZ (odpowiednio str. 15-16 oraz 14-15). W każdym z pierwotnych postanowień tych załączników znajdowało się sformułowanie, iż w ofercie należy wyspecyfikować oddzielnie koszt części zamiennych. Pod – uwaga – znajdowało się z kolei sformułowanie, że Zamawiający nie dostarcza części zamiennych dla remontu elementów układu regulacji turbiny 13K215. Do części opisowej – załącznika nr 9 do II części SIWZ Zamawiający dołączył z załącznik nr 9.1 - Wycena prac objętych przedmiotem zamówienia oraz załącznik nr 9.2 – Wykaz części zamiennych dostarczanych przez Zamawiającego i Wykonawcę. Do części opisowej – załącznik nr 12 do II części SIWZ Zamawiający dołączył z załącznik nr 13.1 - Wycena prac objętych przedmiotem zamówienia oraz załącznik nr 13.2 – Wykaz części zamiennych dostarczanych przez Zamawiającego i Wykonawcę. Załączniki dotyczące części zamiennych nie przewidywały zsumowania.

W odpowiedzi na pytanie 6 (pytania 10.11.2011 r. – 17.11.2011 r.) Zamawiający stwierdził, że anuluje zapis z załącznika nr 9 do SIWZ pkt 3.2.2 – w ofercie należy wyspecyfikować oddzielnie koszt części zamiennych. Wycenę prac należy przedstawić zgodnie z załącznikiem nr 9.1. Do przedmiotowej kwestii Zamawiający odniósł się ponownie w odpowiedzi na pytanie 1 (pytania 23.11.2011 r. -28.11.2011 r.) łącząc ją także z TG 8.

W ramach formularza ofertowego – pkt 1 – Zamawiający zawarł oświadczenie, zgodnie z którym każdorazowo Wykonawcy zobowiązywali się, że oferują realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i oświadczają, że przedłożona oferta jest opracowana dla kompletnego zakresu usług związanych z przedmiotem zamówienia i określonych w Specyfikacji Technicznej. W ramach wzoru umowy - § 3 ust. 3, Zamawiający określił, że wynagrodzenie za wykonanie remontu kapitalnego zostanie wyliczone na podstawie rzeczywistego zakresu wykonanych elementów prac w ramach tego remontu według wyceny poszczególnych elementów tych prac oraz dostarczanych części i materiałów określonych w załączniku nr 6 (załącznik cenowy – Zakres prac) do niniejszej umowy.

W ramach złożonych ofert, wszyscy Wykonawcy wliczyli ceny części zamiennych dla TG 5 i 8 w cenę prac wynikających z załącznika nr 9.1 oraz 13.1. Powyższe, jednoznacznie wynika z wyliczeń przedstawionych w tych ofertach, czy też zsumowań dokonanych w ramach załączników dotyczących części zamiennych dla TG 5 i TG 8.

Pierwotna treść oferty Przystępującego była obarczona oczywistą omyłką rachunkową, którą Zamawiający skorygował zgodnie z treścią pkt 3 swojego pisma z dnia 24.01.2012 r. otrzymując ostateczną cenę w formularzu cenowym zakresu prac stanowiącym załącznik nr 1 do cz. II SIWZ – TG 5 (4. 582.424,04 PLN brutto), TG 8 (4.556.046, 69 PLN brutto), co spowodowało skorygowanie ceny w formularzu ofertowym załącznika nr 1 do cz. I SIWZ (23.752.729,26 PLN brutto). Powyższa korekta nie dotyczyła kwestii części zamiennych dla TG 5 i TG 8. W ramach załącznika nr 9.1 do cz. II SIWZ poz. 2 Przystępujący zaoferował cenę 2.436.389,00 PLN netto, zaś w ramach załącznika nr 13.1 do cz. II SIWZ poz. 2 Przystępujący zaoferował 2.436.390,00 PLN netto. Załączniki dotyczące części zamiennych nie zostały zsumowane, choć zostały wełnione wszystkie pozycje, ich zsumowanie daje w obu wypadkach wartość – 1.015.930,00 PLN netto. Z ofert innych Wykonawców wynika, że zaoferowano - Polimex-Mostosál S.A. – 1.900.000,00 zł netto w poz. 2 załącznika nr 9.1 do cz. II SIWZ, zaś oddzielne zsumowanie części zamiennych – 1.775.572,80 PLN netto (zsumowanie potwierdza wliczenie w ceny za części zamienne); 1.800.000,00 PLN netto w poz. 2 załącznika nr 13.1 do cz. II SIWZ, zaś oddzielne zsumowanie części zamiennych -1.917.618,62 PLN netto (zsumowanie potwierdza wliczenie w ceny za części zamienne); Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. – 1.402 326,34 zł netto w poz. 2 załącznika nr 9.1 do cz. II SIWZ, zaś oddzielne zsumowanie części zamiennych – 944.244,48 PLN netto; 1.409.928,58 PLN netto w poz. 2 załącznika nr 13.1 do cz. II SIWZ, zaś oddzielne zsumowanie części zamiennych – 944.244, 48 PLN netto; Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. – 1.482 805,00 zł netto w poz. 2 załącznika nr 9.1 do cz. II SIWZ, zaś oddzielne zsumowanie części zamiennych – 1.079.570,00 PLN netto; 1.504.494,00 PLN netto w poz. 2 załącznika nr 13.1 do cz. II SIWZ, zaś oddzielne zsumowanie części zamiennych –1.079.570,00 PLN netto, Konsorcjum Alstom Power Sp. z o.o. Metal Export Sp. z o.o. S.K.A. – 3.887.170,00 PLN netto w poz. 2 załącznika nr 9.1 do cz. II SIWZ, zaś oddzielne zsumowanie części zamiennych – 1.704.770,00 PLN netto; 3.932.983,85 PLN netto w poz. 2 załącznika nr 13.1 do cz. II SIWZ, zaś oddzielne zsumowanie części zamiennych –1.724.862,30 PLN netto.

W ramach złożonej oferty (str. 490-491) Przystępujący złożył oświadczenie dotyczące zakresu prac i technologii wykonania robót – Zał. Ł.

Po wyborze oferty najkorzystniejszej pismem z dnia 26.03.2012 r. oraz 28.03.2012 r. Zamawiający dokonał poprawy oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust.2 pkt 1 oraz pkt 3 Pzp, nie unieważniając pierwotnego wyboru i nie informując wykonawców, że dokonuje ponownego badania złożonych ofert, za wyjątkiem Przystępującego. Pismem z dnia 28.03.2012 r. Przystępujący wyraził zgodę na poprawienie wszystkich wskazanych przez Zamawiającego ww. pismach omyłek.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wyjaśnia, że co do zasady uwzględniła odwołanie z uwagi na pierwszy zarzut, który potwierdził się w zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ odnośnie treści załączników nr 9.2 i 13.2 do cz. II SIWZ. Jednakże, zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym, w ocenie Izby zaistniała niezgodność treści oferty, tzn. treści tytułów załączników 9.2 i 13.2 do cz. II SIWZ stanowiących element oferty z treścią SIWZ, jednakże istnieje możliwość sanowania przedmiotowej niezgodności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, do czego odniesie się szczegółowo w dalszej części uzasadnienia.

Po drugie, Izba z uwagi na oświadczenia złożone na rozprawie przez Zamawiającego i okazane przez Zamawiającego pisma z dnia 26.03.2012 r. oraz 28.03.2012 r., jak i pismo z dnia 28.03.2012 r. Przystępującego, zmuszona jest odnieść się do dokonanych na ich podstawie czynności przez Zamawiającego. Wynikające z nich czynności Zamawiającego są nieważne z mocy prawa. Izba wskazuje, że Zamawiający składał na rozprawie oświadczenie, jakoby zmienił pierwotną treść tytułów załączników do SIWZ (załącznika nr 9.2 i 13.2), po wyborze oferty najkorzystniejszej. Naturalnie, takie działanie, tzn. zmiana treści SIWZ, po wyborze oferty najkorzystniejszej, byłoby działaniem karygodnym i naruszającym art. 38 ust.4 Pzp. Jednakże analiza pism z dnia 26.03.2012 r. oraz 28.03.2012 r. pozwoliła ustalić, że Zamawiający dokonał poprawy tytułów załącznika nr 9.2 oraz 13.2, uznając aktualne ich brzmienie w ofercie Przystępującego, jako oczywistą omyłkę pisarską. Należy, jednakże wskazać, że nie unieważnił pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji nie cofnął postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do wcześniejszego etapu. Samo stwierdzenie zawarte w przedmiotowych pismach, że dokonuje ponownego badania złożonych ofert, bez unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej jest działaniem bezprzedmiotowym, tym bardziej, że nie zostało to upublicznione i przekazane wszystkim jego uczestnikom za wyjątkiem Przystępującego. Abstrahując od opisanych powyżej kwestii, należy zauważyć, że w żadnym wypadku nie mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską, gdyż nie chodzi o „*nic nie znaczący tytuł załączników*”, lecz *de facto* wiążące Przystępującego oświadczenie woli wskazujące, kto będzie dostarczał części zamienne dla TG 5 i TG 8.

Po trzecie, Izba, jednakże, jak wskazywała na wstępie, uznała, że można sanować istniejącą niezgodność w tym zakresie – jako „inną omyłkę”. Należy na początek wskazać, że nie uznała zasadnym stanowiska Odwołującego, że ceny części zamiennych nie zostały ujęte w załączniku nr 9.1 i 13.1. Powyższa kwestia zostanie omówiona na dalszym etapie. Następnie wskazując, że odmiennie niż Odwołujący, Izba uznała, że zamiar dostarczenia niniejszych części zamiennych przez Przystępującego wynika, tak z wliczenia ich kosztu

w poz. 2 załącznika nr 9.1 i 13.1, jak i innych dokumentów. Decydujące w tym zakresie nie było ogólne oświadczenie z formularza ofertowego (str. 3 oferty) z pkt 1, choć nie można negować jego istnienia i określonych skutków, które wywołuje, lecz inny dokument nie pochodzący od Zamawiającego, jak w przypadku formularza ofertowego, tj. załącznik Ł do oferty Przystępującego (str. 490 -491) – Oświadczenie dotyczące zakresu prac i technologii wykonania robót. Niniejsze oświadczenie jest oświadczeniem ściśle ukierunkowanym na zakres prac i technologii. Zgodnie z jego treścią: „(...) oświadczamy, że zakres prac, opis proponowanego rozwiązania technicznego i technologii wykonania robót, objętych niniejszą ofertą, jest zgodny z zakresem opisanym w SIWZ wraz ze wszystkimi zmianami ujętymi w odpowiedziach Zamawiającego.”. Izba na marginesie wskazuje, że podobna sytuacja jest w ofercie Konsorcjum Alstom Power Sp. z o.o. Metal Export Sp. z o.o. S.K.A., które załącznik nr 9.2 i 13.2 odnosi do Zamawiającego, a następnie w ramach oferty technicznej uściśla, że to niniejsze konsorcjum będzie dostarczać części zamienne do TG 5 i TG8. Wskazane oświadczenie Przystępującego jest tego rodzaju ofertą techniczną w formie oświadczenia woli dotyczącego także wszystkich turbogeneratorów, w tym części zamiennych TG 5 i TG 8.

Po czwarte, w konsekwencji przyjętego stanowiska, Izba uznała, że nakazana poprawa nie powoduje istotnych zmian treści oferty. W tym zakresie, nie bez znaczenia jest okoliczność tego rodzaju, że w ocenie Izby koszt części zamiennych został ujęty w poz. 2 załącznika nr 9.1 i 13.1. Izba uznała, że zarzut w tym zakresie, nie potwierdził się. Izba wzięła pod uwagę treść cz. II – „Wymagań ogólnych” oraz „części opisowej – załącznika nr 9 do II części SIWZ”, jak i „części opisowej – załącznik nr 12 do II części SIWZ”, który należy odnieść do załącznika nr 13.1 i 13.2 do cz. II SIWZ. W szczególności są tam istotne postanowienia pkt 6 tych załączników dotyczących „Zakresu prac objętych wyceną” wynika z nich, że w załączniku nr 9.1 i 13.1: „przedstawiono zestawienie zakresu rzeczowego prac i dostaw” (odpowiednio str. 38/33/34 danego załącznika). Postanowienia wzoru umowy, w tym zakresie przywołane przez Odwołującego, także to potwierdzają. Izba wzięła także pod uwagę odpowiedź na pytanie 6 (pytania 10.11.2011 r. – 17.11.2011 r.), jak i odpowiedź na pytanie 1 (pytania 23.11.2011 r. – 28.11.2011 r.). Wynika z nich bowiem, że dotyczą tak TG 5, jak i TG 8, stwierdzając, że nie jest wymagana szczegółowa wycena części zamiennych. Cena powinna obejmować całość prac w zakresie remontów układów regulacji zgodnie z załącznikiem nr 9.1 – wycena prac objętych przedmiotem zamówienia – pozycja bloku nr 5 i 8. Z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający nie zmienił § 19 ust. 2 lit. b i c, ani też § 21 ust. 8 i 9 cz. I SIWZ, jak również nie zmienił rozumienia prac, jako prac i dostaw, co jednoznacznie wynika z części opisowych załącznika nr 9 i 12 do cz. II SIWZ (pkt 6). Z tego także powodu działanie Zamawiającego wynikające z pism z dnia 26.03.2012 r., jak i 28.03.2012 r. było zupełnie pozbawione podstaw merytorycznych wynikających z SIWZ. Powyższe, potwierdzają także oferty pozostałych Wykonawców, którzy ujęli w cenie

załącznika nr 9.1 i 13.1, koszty części zamiennych. Przy czym, to, że Przystępujący nie zsumował cenników części zamiennych nie oznacza, że ich koszt nie został wliczony do poz. 2 TG 5 i TG 8. Analiza cen pozostałych Wykonawców (Izba odwołuje się do zestawienia przywołanego w ustaleniach dotyczących niniejszego zarzutu) w poz. 2 TG5 i TG 8, z uwzględnieniem cen wynikających z podsumowań cenników części zamiennych, daje podstawę do uznania, że w poz. 2 TG 5 i TG 8 Przystępującego mamy do czynienia – już z łączną wartością prac i dostaw części zamiennych. Przywołane zestawienie wskazuje na porównywalne i zbliżone ceny wszystkich Wykonawców, za wyjątkiem najdroższej oferty Konsorcjum Alstom Power Sp. z o.o. Metal Export Sp. z o.o. S.K.A. W konsekwencji, Izba nie widzi żadnych podstaw do negocjowania oferty Przystępującego w tym zakresie.

Na marginesie, Izba nie rozumie, dlaczego Zamawiający nie wyjaśnił na rozprawie, jak i nie przesłał - z kopią dokumentacji postępowania - pisma z dnia 24.01.2012 r. w zakresie pkt 3, tj. poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Przystępującego, ułatwiłoby to prace Izby.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust.1 i art. 15 ust.1 pkt 1 UZNK, poprzez zaoferowanie ceny za usługę czyszczenia hydrodynamicznego układu olejowego turbozespołu TG 5 i TG 8 nie uwzględniającego godnej marży, przy konieczności korzystania z usług podwykonawcy firmy Ecol Sp. z o.o., z uwzględnieniem, że niniejszy podwykonawca zaoferował wszystkim uczestnikom przedmiotowego zbliżone warunki cenowe, jako czynu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała ww. zarzut za chybiony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W ramach § 7 Rozdz. III ust 1 lit. f cz. I SIWZ: "Warunki dotyczące zdolności technicznej" – Wykonawca powinien dysponować niezbędną wiedzą i doświadczeniem oraz potencjałem technicznym, a także dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienie, tzn. z każdego z następujących zakresów prac wykonał co najmniej – 3 zamówienia związane z czyszczeniem hydrodynamicznym układów olejowych turbozespołów o mocy powyżej 100 MW, w zakresie nie mniejszym niż podanym w załącznikach 8-12 do cz. II SIWZ. W § 8 Rozdz. III ust 1: „Wymagane dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnienie warunków dotyczących zdolności technicznej” Zamawiający określił, że lista zrealizowanych zamówień obejmująca zadania wymienione w § 7 Rozdz. III ust. 1 lit. a-i zrealizowanych w ciągu ostatnich 3 lat, licząc od dnia ukazania się ogłoszenia o wszczęciu postępowania. Lista ta powinna być opracowana zgodnie z załącznikiem nr 4 do cz. I SIWZ. Stwierdzono także w ramach niniejszego § 7 Rozdz. III (str. 10 cz. I SIWZ), że Wykonawca

może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Nadto, Zamawiający w ramach § 19: „Opis sposobu przygotowania oferty” ust. 2 lit. g cz. I SIWZ stwierdził, że do oferty wymagane jest załączenie wykazu podwykonawców, w przypadku, gdy Wykonawca przewiduje ich zatrudnienie, opracowanego wg. wzoru, stanowiącego załącznik nr 5 do cz. II SIWZ. W ramach przedmiotu zamówienia Zamawiający przewidywał konieczność wykonania w odniesieniu do wszystkich turbozespołów usługi czyszczenia hydrodynamicznego układów olejowych, w tym także względem TG 5 i TG 8. Potwierdza to m.in. załącznik nr 9.1 i 13.1 do cz. II SIWZ poz. 4. W ramach odpowiedzi na pytanie 20 (pytania z dnia 04.11.2011 r. - 09.11.2011 r.) Zamawiający stwierdził, że nie wyraża zgody na proponowaną zmianę (w pytaniu wnioskowano o dopuszczenie oprócz metody wysokociśnieniowego czyszczenia wodą, również wysokociśnieniowe czyszczenie olejem), ze względów BHP. W trakcie tej metody wytwarzane „opary olejowe” stanowią duże i realne zagrożenie wybuchowe. W tym czasie prowadzonych jest szereg prac remontowych z użyciem otwartego ognia. W ramach oferty, Przystępujący przedstawił stosowny wykaz – załącznik nr 4 f (str. 178 oferty) oraz 5 referencji wraz z zobowiązaniem podmiotu trzeciego, którego doświadczeniem wykazał się Przystępujący – firmy BBT (str. 179 do 184 oferty). Z załączonego zobowiązania wynika także, że firma BBT będzie uczestniczyć jako podwykonawca w przedmiotowym zadaniu inwestycyjnym. Z załącznika zawierającego wykaz podwykonawców wynika, że firma BBT będzie podwykonawcą w zakresie czyszczenia hydrodynamicznego układów olejowych (str. 471 oferty). Przystępujący zaoferował w ramach załącznik nr 9.1 i 13.1 do cz. II SIWZ poz. 4 dla TG 5 i TG 8 (tylko tych turbozespołów dotyczył zarzut) cenę odpowiednio – 248.000,00 PLN netto i 260.000,00 PLN netto. W ramach pisma z dnia 24.01.2012 r. pkt 2 Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień w zakresie przedłożonych referencji i potwierdzenia, że złożone referencje dotyczą hydrodynamicznego czyszczenia układu olejowego wodą lub ich ewentualnego uzupełnienia. W ramach odpowiedzi z dnia 30.01.2012 r. Przystępujący stwierdził, że firma BBT ma zdolność techniczną i zaoferowała wykonanie czyszczenia układów olejowych metodą hydrodynamiczną wodą. Załączono także oświadczenie tej firmy dotyczące technologii wykonywania prac. Dodatkowo załączono referencje oraz zobowiązanie firmy Ecol Sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba ustaliła, że pismem z dnia 24.01.2012 r. w pkt 2 Zamawiający prosił o wyjaśnienie, czy złożone referencje firmy BBT dotyczą hydrodynamicznego czyszczenia układu olejowego wodą lub uzupełnienie. Pismem z dnia 30.01.2012 r. Przystępujący wyjaśnił, że firma BBT ma zdolność techniczną i zaoferowała wykonanie czyszczenia układów olejowych metodą hydrodynamiczną wodą. Załączono także oświadczenie firmy BBT w tym zakresie z dnia 26.01.2012 r. stwierdzające: *„Oświadczamy, że posiadamy zdolność techniczną i nasza oferta dla TurboCare Sp. z o.o. na usługę związaną z czyszczeniem układów olejowych spełnia wymagania dotyczące hydrodynamicznego czyszczenia układów olejowych woda turbozespołów o mocy powyżej 100 MW w zakresie nie mniejszym niż podanym w załącznikach 8-12 do części II SIWZ”*. Pozostałe uzupełnienie odnośnie firmy Ecol Sp. z o.o. należy uznać, w konsekwencji, za działanie z *„ostrożności procesowej”*.

Po drugie, Izba wskazuje, że rzeczywiście Zamawiający nie wymagał, aby podwykonawca realizował zamówienie metodą opatentowaną, jak ma to miejsce w stosunku do metody stosowanej przez Ecol Sp. z o.o. W ustaleniach dotyczących niniejszego zarzutu wskazano, że w ramach odpowiedzi nie dopuszczono jedynie metody wykorzystującej olej. W konsekwencji Izba uznała, że argumentacja Odwołującego z odwołania i rozprawy jest bezprzedmiotowa, także załączone dowody, gdyż dotyczą firmy Ecol Sp. z o.o., a nie firmy BBT. Odwołujący na rozprawie, odmiennie niż w odwołaniu nie kwestionował doświadczenia firmy BBT, jak i jej zdolności do czyszczenia hydrodynamicznego za pomocą innej technologii niż firma Ecol Sp. z o.o. Zważywszy na konstrukcję zarzutu odnoszącego się co ceny zaoferowanej przez podwykonawcę Ecol Sp. z o.o. wszystkim uczestnikom przedmiotowego postępowania względem usługi hydrodynamicznego czyszczenia układów olejowych turbozespołu TG 5 i TG 8, należy uznać, niniejszy zarzut za niepotwierdzony. Izba, jednocześnie podkreśla, że uznaje jak wskazywała powyżej, że uzupełnienie dokonane przez Przystępującego było działaniem z tzw. *„ostrożności procesowej”* opierając się w tym względzie na wyjaśnieniach Przystępującego oraz oświadczeniu BBT. Powyższe wynikało także ze stanowiska Przystępującego na rozprawie, który doświadczenie BBT i Ecol Sp. z o.o. traktował równorzędnie. Wobec powyższego, dokumenty z uzupełnienia nie stanowią elementu oferty, w przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia w efekcie z ofertą wariantową (jaką metodą z wykorzystaniem wody byłaby realizowana usługa czyszczenia układów olejowych - metodą hydrodynamiczną, opatentowaną stosowaną przez Ecol Sp. z o.o., czy też metodą firmy BBT), co byłoby niedopuszczalne, wobec tego, że Zamawiający wszczynając postępowanie nie dopuścił takiej możliwości (wynika to wprost z ogłoszenia). W konsekwencji, Przystępujący nie może wybrać podwykonawcy do realizacji usługi hydrodynamicznego czyszczenia układów olejowych TG5 i TG 8, lecz związany jest

pierwotną treścią oferty oraz wyjaśnieniami z dnia 30.01.2012 r. w zakresie odnoszącym się do firmy BBT.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....