

WYROK

z dnia 17 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo
Irmina Pawlik
Michał Pawłowski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2022 r. przez wykonawcę

Voith Hydro GmbH & Co KG z siedzibą w St. Pölten (Austria)

w postępowaniu prowadzonym przez

PGE Energia Odnawialna Spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **GE Hydro France S.A.S. z siedzibą w Boulogne-Billancourt (Francja) oraz Mostostal Warszawa Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Voith Hydro GmbH & Co KG i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Voith Hydro GmbH & Co KG tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Voith Hydro GmbH & Co KG na rzecz PGE Energia Odnawialna Spółki akcyjnej kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych)**

zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1505/22

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Energia Odnawialna S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie w trybie generalnego realizatora inwestycji modernizacji części technologicznej ESP Porąbka-Żar” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie dialogu konkurencyjnego

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 września 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 183-442828. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Voith Hydro GmbH & Co KG wniósł zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GE Hydro France SAS i Mostostal S.A., zwanych dalej „Konsorcjum” lub „Przystępującym”, jest zgodna z ostateczną specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo iż z oferty, a w szczególności z harmonogramu rzeczowo-finansowego („HRF”) oraz wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum wynika, że wykonawca ten pominął wykonanie części przedmiotu zamówienia, która może być wykonana wyłącznie w okresie pomiędzy 1 maja 2024 a 30 września 2024 roku, alternatywnie wobec zarzutu nr 1, gdyby Izba uznała, że Konsorcjum objęło zakresem swojej oferty cały zakres rzeczowy zamówienia:

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Konsorcjum jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo iż z oferty, a w szczególności HRF, oraz wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum wynika, że wykonawca ten planuje wykonywać przedmiot zamówienia – Hydrozespół numer 3 – w terminie dłuższym niż 13 miesięcy (tj. w okresie dłuższym niż dopuszczony przez Zamawiającego na jeden Hydrozespół), co jest niezgodne z punktem 16.3.c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Konsorcjum jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo iż z oferty, w tym HRF oraz wyjaśnień złożonych przez

Konsorcjum wynika, że wykonawca ten uzależnia dochowanie terminów wskazanych w HRF od ziszczenia się warunku oraz w przypadku nieziszczenia się warunku planuje dokonać modyfikacji treści oferty – terminów realizacji zamówienia – po terminie składania ofert, w szczególności w zakresie kamieni milowych, co nie zostało dopuszczone przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania,

4. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Konsorcjum nie podlega odrzuceniu, pomimo iż z jej treści wynika, że zawiera błąd w obliczaniu ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w postępowaniu, odrzucenia oferty Konsorcjum z postępowania oraz wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a także zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożone zostały trzy oferty. Zamawiający, pismem z 29 kwietnia 2022 r., wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 i ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak wezwanie ograniczyło się do: 1) wyjaśnienia dokonanej przez Konsorcjum zmiany wzoru HRF i dopisania postanowienia „zakładając teoretyczną datę podpisania Umowy 01-07-2022”

w komórce „Data zakończenia kamienia milowego”; 2) wyjaśnienia dat rozpoczęcia prac i informacji na ilu hydrozespołach jednocześnie będą prowadzone prace; 3) poprawienia omyłek pisarskich w HFR; 4) pełnomocnictw. Zamawiający pominął w swoim wezwaniu inne wady oferty Konsorcjum, które prowadzą do uznania, że oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w związku z czym powinna zostać odrzucona. Zamawiający w punkcie 4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że przedmiotem zamówienia jest realizacja – modernizacja części technologicznej elektrowni w zakresie: przeprowadzenia modernizacji hydrozespołów wraz z instalacjami pomocniczymi, modernizacja układu wyprowadzania mocy z generatora, montaż rozruchu częstotliwościowego (SPC), modernizacja układów zasilania 30kV, 6,3 kV, nn, modernizacja układów AKPiA, modernizacja konstrukcji betonowych obudów silnikoprądnicy, modernizacji sztolni ewakuacyjnej, modernizacji układów wentylacyjnych i klimatyzacyjnych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku do specyfikacji, który stanowi program funkcjonalno-użytkowy („PFU”). Na przedmiot zamówienia składa się realizacja wskazanych w PFU prac na czterech hydrozespołach zainstalowanych w ESP. Zakres pojęcia „hydrozespół” został określony w projekcie umowy (definicje) i oznacza on odpowiednio każdy hydrozespół ESP modernizowany na podstawie umowy: Hydrozespół nr 1, Hydrozespół nr 2, Hydrozespół nr 3, Hydrozespół nr 4. Szczegółowy opis pozwalający na

uznanie, jakie prace składają się na każdy hydrozespół (dostawę hydrozespołu) zostały opisane w punkcie 6.1 PFU. Część prac przy elementach składających się na hydrozespół wyszczególnionych

w punkcie 6.1 PFU (modernizacja części podwodnej kłapy na rurach ssących ze zmianą konstrukcji przeniesienia napędu wraz z łożyskowaniem, wymiana uszczelnień i wykonanie powłok antykorozyjnych kłap i opancerzenia, str. 144 PFU) może być wykonana tylko i wyłącznie w czasie, gdy wszystkie hydrozespoły będą odwodnione i żaden z hydrozespołów nie będzie funkcjonował, tj. w okresie odstawienia ESP w związku z wymianą ekranu asfaltobetonowego zbiornika górnego, sztolni derywacyjnej oraz sztolni odpływowych,

z przyczyn technologicznych. Warunkiem wykonania prac na części podwodnej kłap jest odwodnienie hydrozespołu od strony wody dolnej. Z dostępnej dokumentacji wynika, że nie ma możliwości odwodnienia pojedynczego hydrozespołu od strony wody dolnej w taki sposób, aby dokonać modernizacji przynależnej mu kłapy na rurze ssącej. Modernizacja kłapy na jednym hydrozespolu wymaga zatem odwodnienia wszystkich czterech hydrozespołów od strony wody dolnej. Z technicznego punktu widzenia wykonawca może zarządzić odwodnienie wszystkich czterech maszyn w innym terminie niż okres podany przez Zamawiającego (tj. okres, w którym odwodniony będzie również zbiornik górny). Zbiornik wody górnej nie musi być w tym czasie odwodniony, ponieważ można zamknąć zawory kulowe, a tym samym odciąć dopływ wody do hydrozespołów od strony zbiornika górnego. Skutkiem takiej decyzji jest jednak wyłączenie z pracy wszystkich czterech hydrozespołów jednocześnie. Zamawiający wyraźnie zaznaczył w instrukcji do HRF, że wszelkie prace wymagające wyłączenia wszystkich czterech hydrozespołów mają odbyć się w czasie przewidzianym przez Zamawiającego na modernizację zbiornika górnego, tj. od 1 maja do końca września 2024 r. (zgodnie z instrukcją do HRF zawartą w załączniku numer 6). Termin ten był wskazywany również w wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (odpowieź na pytania 19, 196 oraz 229) i w § 2 ust. 5 projektu umowy.

Ponadto Zamawiający wymagał, aby poza pracami opisanymi w punkcie 9., wykonawcy zrealizowali w okresie pomiędzy 1 maja a 30 września 2024 r. inne prace, które wymagają odwodnienia całej ESP (modernizacja kolektorów i rurociągów galerii pomp odwadniających, udroźnienie układu pomiaru ciśnienia na wylocie, prace związane z układem pomiaru ciśnienia w komorze uderzeniowej) oraz prace, które wymagają odstawienia całej ESP (modernizacja rozdzielni średniego napięcia, modernizacja rozdzielni 30kV i rozdzielni 0,4 kV oraz dostawa i montaż nowego agregatu Diesela).

Zgodnie z instrukcją zawartą w załączniku 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „HRF powinien uwzględniać odstawienie ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltobetonowego zbiornika górnego, sztolni derywacyjnej oraz sztolni odpływowych realizowane w terminie 1 maja 2014 do 30 września 2024 roku. Zamawiający wymaga, aby przedstawiony przez Wykonawcę HRF uwzględniał wykonanie kompletnego odwodnienia układu przepływowego w okresie planowanego odstawienia ESP Porąbka - Żar do wymiany ekranu asfaltowego zbiornika górnego. Zamawiający doprecyzował te wymagania w wyjaśnieniach wskazując: „Pytanie nr 19: Czy dozwolone będzie równoległe prowadzenie robót dla 2 bloków jednocześnie zamiast dla każdego z bloków po kolei, jak zaproponowano w dokumencie „Prezentacja_rozpoczęcie Dialogu z GR11 2021 – str. 5”? Odpowiedź nr 19: „Zamawiający informuje, iż zgodnie z zapisami Załącznika nr 4 do wzoru Umowy <<Instrukcja przygotowania Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego>>: HRF powinien uwzględniać odstawienie ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltobetonowego zbiornika górnego, sztolni derywacyjnych oraz sztolni odpływowych realizowane w terminie 1 maja 2024 do 30 września 2024. Zamawiający wymaga, aby przedstawiony przez Wykonawcę HRF uwzględniał wykonanie wszelkich prac wymagających odstawienia więcej niż jednego bloku ESP Porąbka-Żar jednocześnie oraz kompletnego odwodnienia układu przepływowego w okresie planowanego odstawienia ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltobetonowego zbiornika górnego. Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z informacjami przekazywanymi przez Wykonawców na etapie dialogu, modernizacja każdego z bloków po kolei została wybrana jako wariant generujący mniejsze ryzyko realizacji zarówno po stronie Zamawiającego jak i Wykonawcy”. W konsekwencji z dokumentacji postępowania jednoznacznie wynika, że wykonawcy zobowiązani są wykonać, wszystkie prace składające się na hydrozespoły wymagające odwodnienia ESP lub prace, które wykonywane są jednocześnie dla kilku hydrozespołów oraz prace, które wymagają odstawienia całej ESP, w okresie od 1 maja 2024 roku do 30 września 2024 roku. Postanowienia w tym zakresie zostały zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyjaśnieniach i są jasne, precyzyjne i jednoznaczne. W konsekwencji nie ma żadnych wątpliwości, co do tego, że wykonawcy powinni część prac przy hydrozespołach wykonać w okresie od 1 maja 2024 roku do 30 września 2024 roku. Jest to również niewątpliwe z technicznego punktu widzenia. Konsorcjum w HRF złożonym wraz z ofertą wskazało, że w okresie pomiędzy 1 maja 2024 a 30 września 2024 roku będzie wykonywać wyłącznie prace projektowe (zob. kamienie milowe oznaczone numerami 1 i 2). Na te kamienie milowe składają się prace projektowe, w szczególności: 1) pierwszy kamień milowy – projekt podstawowy, obliczenia przepływowe, badania modelowe, plan zapewnienia jakości dla realizacji projektu – data zakończenia 10 lipca 2024 roku; 2) drugi kamień milowy – opracowanie kompletnej dokumentacji

wykonawczej – data zakończenia 16 listopada 2024 roku. Ponadto w wyjaśnieniach złożonych przez Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego 11 maja 2022 r. Konsorcjum wyraźnie wskazało, że nie planuje realizacji żadnych prac na hydrozespołach przed 1 października 2024 r., a zatem rozpocznie je już po zakończeniu okresu odwodnienia i odstawienia ESP. W wyjaśnieniach Konsorcjum wskazało bowiem: „W celu uniknięcia wątpliwości, Konsorcjum podaje następujące terminy rozpoczęcia prac modernizacyjnych dla każdego z hydrozespołów: Hydrozespół nr 3 - 01-10-2024, Hydrozespół nr 4 - 01-11-2025, Hydrozespół nr 2 - 01-05-2026, Hydrozespół nr 1 - 01-12-2026”. Wyjaśnienia Konsorcjum są spójne ze złożonym HRF i potwierdzają, że Konsorcjum nie planuje realizacji prac na hydrozespołach, które zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia powinny być zrealizowane w okresie od 1 maja do 30 września 2024 r., tj. w okresie odwodnienia i odstawienia ESP.

Wynika to też z faktu, że rozpoczęcie prac uzależnione jest od trzech czynników: zakończenia etapu projektowego; zatwierdzenia prac projektowych przez Zamawiającego przynajmniej

w zakresie projektu podstawowego; uzyskania wymaganych pozwoleń.

Prace, które mają być wykonane w okresie odstawienia i odwodnienia ESP, w szczególności obejmujące modernizację klap rurociągów ssawnych, modernizacja kolektorów i rurociągów w galerii pomp odwadniających, udrożnienie układu pomiaru ciśnienia na wylocie, prace związane z układem pomiaru ciśnienia w komorze uderzeniowej, modernizacja rozdzielni średniego napięcia, rozdzielni 30 kV i rozdzielni 0,4 kV, dostawa i montaż nowego agregatu Diesla do black-startu czy regeneracja zabetonowanych układów, muszą być ujęte w zakresie projektu podstawowego (pierwszy i drugi kamień milowy). Prace te są krytyczne dla powodzenia całego projektu m.in. ze względu na bezpieczeństwo całej ESP i prawidłowość jej przyszłego funkcjonowania. Po zakończeniu pierwszego kamienia milowego Zamawiający akceptuje dokumentację projektową, która następnie musi zostać przedłożona do właściwego organu administracyjnego w celu uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę (§ 1 ust. 3 umowy), zatem etap ten zostanie wydłużony o procedurę administracyjną, która dla obiektów energetycznych trwa obecnie ok. 3 - 4 miesięcy. Co powoduje, że Konsorcjum planuje realnie przystąpić do prac przy hydrozespołach najwcześniej po 1 października 2024 roku. Zatem termin, w którym Konsorcjum planuje przystąpić do prac przy hydrozespołach (hydrozespół numer 3 – październik 2024 r.) rozpoczyna się po zakończeniu okresu odstawienia ESP wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, więc wykonanie tych prac nie będzie możliwe. Po ponownym zalaniu i uruchomieniu nawet jednego z hydrozespołów ESP część prac nie będzie już mogła być wykonana bez wyłączenia wszystkich hydrozespołów razem.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia należy oceniać przez pryzmat postanowień art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Oferta w rozumieniu Prawa zamówień publicznych to oświadczenie woli zawarte w dokumencie oferty (formularzu oferty) oraz załączonych do niej dokumentach (oferta *sensu largo*). Na ofertę *sensu largo* składają się dokumenty i oświadczenia odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, które dookreślają i uszczegóławiają jego zakres czy sposób wykonania. Ofertą *sensu stricto* są oświadczenia zawarte najczęściej w formularzu ofertowym, czyli odnoszące się bezpośrednio do postanowień przyszłej umowy, w szczególności cena, opis przedmiotu zamówienia, warunki jego wykonania, w tym terminy realizacji zamówienia. Treść oferty musi być zgodna z warunkami określonymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta wykonawcy musi stanowić lustrzane odbicie wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jakakolwiek niezgodność z postanowieniem specyfikacji skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty. Punktem odniesienia dla oceny zgodności treści oferty są postanowienia w brzmieniu ustalonym do dnia składania ofert, przy czym przez ustalenie należy rozumieć treść dokumentacji postępowania sprecyzowaną w formie pisemnej przez Zamawiającego, wykonawca nie może złożyć oferty w oparciu o własne domysły.

Analiza oferty, w tym HRF, Konsorcjum oraz złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień prowadzi do wniosku, że wykonawca ten pominął w swojej ofercie prace, które muszą być wykonane podczas odwodnienia i odstawienia ESP w okresie od 1 maja do 30 września 2024 roku. Takie działanie stanowi niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia

i w rezultacie taka oferta podlega odrzuceniu. Konsorcjum nie zaoferowało Zamawiającemu realizacji całego zakresu rzeczowego zamówienia i w konsekwencji oferta tego wykonawcy jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu alternatywnego przekroczenia terminu oznaczonego przez Zamawiającego na wykonanie zamówienia odwołujący wskazał, że nawet gdyby uznać, że Konsorcjum zaoferowało wykonanie całego przedmiotu zamówienia, to jego oferta jest obarczona inną wadą, która powinna skutkować jej odrzuceniem: zgodnie z punktem 16.3 lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby czas realizacji modernizacji dla każdego z hydrozespołów był nie dłuższy niż 13 miesięcy. W przypadku

złożenia oferty z czasem realizacji krótszym niż 10 miesięcy do czynności oceny ofert Zamawiający przyjmie 10 miesięcy niezależnie od długości faktycznie przedstawionego czasu realizacji. Oferty z okresem realizacji dłuższym niż 13 miesięcy będą podlegały odrzuceniu. Oferty z okresem 13 miesięcy otrzymają „zero” punktów, zaś oferty z okresem od 12 do 10 miesięcy otrzymają punkty zgodnie ze wzorem” (brzmienie nadane w wyniku wyjaśnień z 22 marca 2022 r.).

Literalne brzmienie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do wniosku, że wykonawcy będą zobowiązani do wykonania każdego z hydrozespołów w nieprzekraczalnym terminie nie dłuższym niż 13 miesięcy i na taki okres opiewa też okres realizacji zamówienia per hydrozespół zaoferowany w ofercie Konsorcjum.

Konsekwencją takiego ukształtowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest to, że wykonawcy nie tylko w ofercie mają wskazać okres 13 miesięcy jako okres realizacji zamówienia, ale także muszą zrealizować zamówienie w tym terminie, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w HRF. Zaoferowanie przez wykonawców okresu dłuższego niż 13 miesięcy nie zostało dopuszczone.

W wyjaśnieniach złożonej oferty Konsorcjum wskazało, że prace nad hydrozespołem numer 3 rozpoczną się 1 października 2024 r. i zakończą do 31 października 2025 r., tj. po 13 miesiącach.

Gdyby Konsorcjum wykazało, że prace, które mogą być wykonane wyłącznie w okresie odstawienia i odwodnienia ESP, będą realizowane przez Konsorcjum w okresie od 1 maja do 30 września 2024 r., zgodnie z wymogiem Zamawiającego, to z uwagi na fakt, że takie prace stanowią element pracy na hydrozespole numer 3 (pkt 6.1 PFU), okres realizacji tego hydrozespołu będzie wynosić więcej niż 13 miesięcy. Realizacja któregośkolwiek z hydrozespołów (rozumianego jako element zamówienia) w okresie dłuższym niż 13 miesięcy jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający przewidział

w takim przypadku sankcję w postaci odrzucenia oferty wykonawcy.

Część prac przy hydrozespołach musi zostać przeprowadzona w okresie pomiędzy 1 maja 2024 r. a 30 września 2024 r., a obowiązek wykonania tych prac z technicznego punktu widzenia jest niepodważalny. W konsekwencji, jeżeli Konsorcjum rozpocznie realizację prac w okresie odstawienia ESP, to wydłuży czas realizacji prac co najmniej przy hydrozespole numer 3 o dodatkowe 5 miesięcy, co jest niedopuszczalne z punktu widzenia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz projektu umowy. Dlatego też oferta nie może zostać uznana za ofertę zgodną ze specyfikacją, gdyż jej treść jest niezgodna z jasnymi, precyzyjnymi i jednoznacznymi dyrektywami ustanowionymi przez Zamawiającego w zakresie okresu realizacji zamówienia dla każdego z hydrozespołów. Również w

przypadku, gdy okres realizacji zamówienia dla przynajmniej jednego hydrozespołu będzie dłuższy niż 13 miesięcy, oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu trzeciego – zmiany terminu realizacji zamówienia po terminie składania ofert, wprowadzenie do HRF warunku w postaci „teoretycznej daty zawarcia umowy 1-07-2022” Odwołujący wskazał, że Zamawiający, zgodnie z treścią pkt 13.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymagał, aby wykonawcy wraz z ofertą złożyli HRF. Jak wynika z postanowienia punktu 9.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wstępny harmonogram rzeczowo-finansowy (HRF) określający kamienie milowe zostanie zaproponowany przez wykonawców wraz z ofertą przy uwzględnieniu wytycznych przekazanych przez Zamawiającego w załączniku 6 do specyfikacji. Ostateczny kształt dokumentu HRF zostanie zaktualizowany i uzgodniony z Zamawiającym przed podpisaniem umowy i będzie stanowił załącznik do umowy.

W treści instrukcji do przygotowania HRF Zamawiający zawarł kilka wytycznych dla wykonawców co do sposobu przygotowania tego dokumentu. W szczególności wskazał, że „Wykonawca przygotowuje HRF wg poniższej tabeli, uzupełniając datę Kamienia Milowego (kolumna 2) oraz wartość kamienia milowego netto (kolumna 3). HRF przygotowany przez wykonawcę musi być zgodny z zapisami umowy, a także musi bezwzględnie zawierać wpisane przez Zamawiającego kamienie milowe”.

W odpowiedzi na pytanie 101 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że „oczekuje od Wykonawcy uzupełnienia HRF w zakresie podania terminu realizacji Kamienia Milowego oraz jego wartości (wysokość kwoty, którą Zamawiający zapłaci wykonawcy za zrealizowaną pracę)”. Jak wynika z nazw poszczególnych załączników do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wzoru umowy, harmonogram rzeczowo-

-finansowy stanowi załącznik numer 4 do umowy. Prowadzi to do wniosku, że dokument ten jest docelowym załącznikiem, które stanie się integralną częścią umowy. Zamawiający w żadnym postanowieniu dokumentacji zamówienia nie przewidział możliwości wprowadzania zmian do treści harmonogramu, który jest istotnym elementem zobowiązania Konsorcjum. Skutkuje to tym, że w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych jego modyfikacja po upływie terminu na złożenie ofert jest niedopuszczalna.

Zamawiający w projekcie umowy wprowadził definicję HRF, zgodnie z którą HRF to „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy określający Kamienie Milowe, terminy ich realizacji oraz część Wynagrodzenia, jaka będzie zapłacona Wykonawcy za realizację poszczególnego Kamienia Milowego, stanowiący Załącznik nr [xx] do Umowy”.

W projekcie umowy Zamawiający nie przewidział możliwości zmiany HRF co do poszczególnych dat w nim wskazanych ani też zakresów poszczególnych kamieni milowych bez wystąpienia obiektywnych przyczyn niezależnych od stron, np. siły wyższej.

Konsorcjum w HRF, w kolumnie 2 – data zakończenia kamienia milowego – wbrew instrukcji do HRF dodało dopisek, który wskazuje, że terminy określone w tej kolumnie będą wiążące jedynie w przypadku, gdy termin podpisania umowy będzie odpowiadał dacie 01-07-2022. Dopisek ten wzbudził wątpliwości Zamawiającego, w związku z czym wezwał on Konsorcjum do wyjaśnień w tym zakresie w oparciu o art. 87 ust. 1 i ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. W ostatniej części wezwania Zamawiający wskazał, że „niedopuszczalne jest wyprowadzenie jakiegokolwiek zmiany w datach wskazanych w Harmonogramie Rzeczowo- - Finansowym załączonym do oferty”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum, 11 maja 2022 r., złożyło wyjaśnienia, w których wskazało, że ze względu na błąd Zamawiającego polegający na wprowadzeniu zmiany terminu realizacji zamówienia z daty dziennej na okres liczony w miesiącach, bez wprowadzenia właściwych modyfikacji w zakresie kamieni milowych, niemożliwe stało się określenie terminów w postaci dat dziennych bez założenia terminu początkowego. Zamawiający tej zmiany dokonał 1 marca 2022 r. i jeżeli Konsorcjum miało jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie (pomimo, iż wzór HRF z 1 marca 2022 r. odnosił się jasno do dat dziennych), uprawnione było do zadania pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W sytuacji, gdy Konsorcjum nie wniosło o wyjaśnienie lub doprecyzowanie poszczególnych kamieni milowych i złożyło oświadczenie zawarte punkcie 1. oświadczeń składających się na ofertę, to powinno ono postąpić zgodnie z treścią specyfikacji, czyli złożyć ofertę bez dodatkowych zastrzeżeń.

Konsorcjum w swoich wyjaśnieniach jednoznacznie wskazało, że HRF, będący obligatoryjną częścią oferty, w przypadku zawarcia umowy po 1 lipca 2022 r. będzie podlegał zmianie dokonanej przez Konsorcjum. Oznacza to, że Konsorcjum przyznało, że wprowadziło do oferty warunek oraz że terminy wskazane w HRF nie są ostateczne (będą wiązały tylko w sytuacji ziszczenia się warunku), a także, że zamierza negocjować z Zamawiającym treść oferty po terminie jej złożenia. Działanie takie jest niedopuszczalne, gdyż prowadzi do modyfikacji treści oświadczenia zawartego w ofercie po terminie składania ofert. Stanowi też o niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W orzecznictwie wskazuje się, że dodanie warunku do treści oferty – zastrzeżenia, że zobowiązania zawarte w ofercie będą wiązać wykonawcę tylko w sytuacji, gdy ziszczy się zastrzeżony w ofercie warunek, skutkuje tym, że oferta taka jest niezgodna ze specyfikacją. Zmiana treści formularza wskutek dodania do jego treści warunku powoduje, iż pomiędzy treścią oferty a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zachodzi niezgodność o charakterze istotnym i jednocześnie powoduje, iż złożona w postępowaniu oferta nie ma

charakteru stanowczego, zaś zaoferowane świadczenie nie jest pod względem merytorycznym tożsame z tym określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W wezwaniu do wyjaśnień z 29 kwietnia 2022 r. Zamawiający podkreślił, że „niedopuszczalne jest wprowadzanie jakiegokolwiek zmiany w datach wskazanych w Harmonogramie

Rzeczowo-
-Finansowym załączonym do oferty Wykonawcy”. Zamawiający tym stwierdzeniem potwierdził, że daty wskazane w HRF nie mogą zostać zmienione i zaktualizowane po terminie składania ofert. Dlatego też założenie Konsorcjum, że w przypadku nieziszczenia się warunku dokona ono aktualizacji HRF, jest niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niedopuszczalne jest także, aby Zamawiający i Konsorcjum dokonali jakichkolwiek modyfikacji w zakresie terminów realizacji poszczególnych kamieni milowych na tym etapie postępowania. Negocjowanie treści ofert po terminie ich składania jest niedopuszczalne i stanowi kardynalny błąd w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem również z tego powodu Zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty Konsorcjum.

W uzasadnieniu zarzutu błędu w obliczeniu ceny Odwołujący wskazał, że Konsorcjum w złożonym wraz z ofertą HRF pominęło część prac, które zobowiązane było wykonać w ramach przedmiotu zamówienia. Okoliczność tę można uznać za niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), ale także można ją zakwalifikować jako ofertę, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. Cena oferty Konsorcjum jest o ok. 200.000.000,00 zł tańsza od oferty Odwołującego i 350.000.000,00 zł od oferty Zarmen Sp. z o.o. Różnica w cenie może wynikać z pominięcia w HRF prac realizowanych w okresie odstawienia ESP (1 maja 2024 – 30 września 2024 roku), co uzasadniałoby twierdzenie, że wykonawca ten nie wycenił w swojej ofercie niektórych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Działanie to może być uznane za błędne rozpoznanie stanu faktycznego i przyjęcie niepełnych danych za podstawę wyceny. Z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów cen- lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego. Niewątpliwym jest, że różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez

Konsorcjum a cenami zaoferowanymi przez Odwołującego i Zarmen Sp. z o.o. może wynikać z pominięcia w ofercie Konsorcjum prac, które powinny być zrealizowane w ściśle określonym przez Zamawiającego okresie. Dlatego też uznać należy, że oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny i również z tego powodu powinna zostać odrzucona z postępowania.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o: oddalenie odwołania, przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania na okoliczności potwierdzające stanowisko Zamawiającego wynikające z uzasadnienia pisma oraz zasądzenia od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nieprawidłowo interpretuje postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kontekście sposobu przygotowania oferty i wymagań Zamawiającego odnoszących się do terminu wykonania zamówienia oraz poszczególnych Kamieni Milowych. Zamawiający wymagał od wykonawców biorących udział w postępowaniu, aby wraz z ofertą złożyli harmonogram rzeczowo-finansowy, który stanowi wstępny harmonogram wykonania zamówienia i ma zostać zaktualizowany i uzgodniony z Zamawiającym przed podpisaniem umowy oraz stanowić załącznik do umowy, co wynika z punktu 9.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). HRF służy przede wszystkim do określenia terminu wykonania Kamieni Milowych, za które Zamawiający przewidział płatność na rzecz wykonawcy. Zgodnie z definicją wynikającą z projektu umowy HRF to Harmonogram Rzeczowo-Finansowy określający Kamienie Milowe, termin ich realizacji oraz część Wynagrodzenia, jaka będzie zapłacona za realizację Kamienia Milowego. Zgodnie z § 4 ust. 8 wzoru umowy fakturowanie będzie odbywać się w oparciu o HRF na podstawie protokołów odbioru wystawionych przez Komisję Odbiorową. Tym samym celem HRF jest przede wszystkim określenie wartości Kamieni Milowych, których osiągnięcie determinuje możliwość zapłaty wynagrodzenia. Natomiast szczegółowe terminy wykonania przedmiotu zamówienia będą wynikać z Harmonogramu Realizacji Umowy (HRU), który, zgodnie z definicją zamieszczoną we wzorze umowy, określa szczegółowy zakres realizacji prac, przedstawiający logiczne powiązanie wszystkich realizowanych przez wykonawcę zadań wraz ze wskazaniem ścieżki krytycznej. HRU zatem będzie stanowić dokument pozwalający na ocenę terminowości wykonania umowy przez wykonawcę.

Zgodnie ze wzorem przygotowanym przez Zamawiającego HRF obejmował następujące Kamienie Milowe: Projekt podstawowy, obliczenia przepływowe, badania modelowe, plan zapewnienia jakości dla realizacji projektu; Opracowanie kompletnej dokumentacji wykonawczej; Zakończenie demontażu Hydrozespołu 3; Dostawa głównych komponentów Hydrozespołu 3 na obiekt: układ SFC, generator, wirnik turbiny, łopaty aparatu

kierowniczego, regulator obrotów; Zakończenie montażu Hydrozespołu 3; Przekazanie do Eksploatacji Hydrozespołu 3; Zakończenie demontażu Hydrozespołu 4; Dostawa głównych komponentów Hydrozespołu 4 na obiekt: układ SFC, generator, wirnik turbiny, łopaty aparatu kierowniczego, regulator obrotów; Zakończenie montażu Hydrozespołu 4; Przekazanie do Eksploatacji Hydrozespołu 4; Zakończenie demontażu Hydrozespołu 2; 1.3.12 Dostawa głównych komponentów Hydrozespołu 2 na obiekt: układ SFC, generator, wirnik turbiny, łopaty aparatu kierowniczego, regulator obrotów; Zakończenie montażu Hydrozespołu 2; Przekazanie do Eksploatacji Hydrozespołu 2; Zakończenie demontażu Hydrozespołu 1; Dostawa głównych komponentów Hydrozespołu 1 na obiekt: układ SFC, generator, wirnik turbiny, łopaty aparatu kierowniczego, regulator obrotów; Zakończenie montażu Hydrozespołu 1; Przekazanie do Eksploatacji Hydrozespołu 1; Podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego.

Zamawiający określił dokładne i precyzyjne warunki wykonania zamówienia, w tym w szczególności końcowy termin wykonania zamówienia, oraz wskazał okoliczności faktyczne, jakie wykonawcy powinni uwzględnić przy przygotowaniu HRF. Termin wykonania całości zadania wynosi 66 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Pierwotnie termin ten był ustalony jako konkretna data, jednak Zamawiający zmienił specyfikację istotnych warunków zamówienia (odpowiedź na pytanie nr 145).

Co do wymogu, że modernizacja jednego hydrozespołu nie może przekroczyć 13 miesięcy, to, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 196, termin ten dotyczy demontażu obecnego hydrozespołu, montażu nowego hydrozespołu, sprawdzenia, prób, testów, uruchomienia, odbioru i przekazania do eksploatacji. Wykonawca nie może wykonywać modernizacji hydrozespołów jednocześnie. Zamawiający wymaga, aby w pierwszej kolejności wykonać modernizację Hydrozespołu 3. Po wykonaniu tego Kamienia Milowego Zamawiający dopuścił możliwość wykonywania jednocześnie modernizacji dwóch hydrozespołów (odpowiedź na pytanie nr 229).

Zamawiający wymagał, aby część prac objętych przedmiotem zamówienia została wykonana w okresie od 1 maja 2024 r. do 30 września 2024 r. Prace te zostały wskazane w punkcie 6.9.1. PFU i odnoszą się do modernizacji zamknięć klapowych rur ssących (dalej jako „Prace w okresie odstawienia”). Zamawiający wskazał, że HRF powinien uwzględnić odstawienie ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltobetonowego zbiornika górnego, sztolni derywacyjnych oraz sztolni odpływowych realizowane w terminie 1 maja 2024 do 30 września 2024 r. Zamawiający wymaga, aby przedstawiony przez wykonawcę HRF uwzględnił wykonanie kompletnego odwodnienia układu przepływowego w okresie planowanego odstawienia ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltobetonowego zbiornika górnego. Zakres Prac w okresie odstawienia ma być wykonany w terminie zaplanowanego odstawienia ESP (w związku z realizacją innych zadań przez

Zamawiającego). Prace w okresie odstawienia jednak nie stanowią żadnego z Kamieni Milowych wynikających z HRF. Prace te mają zostać wykonane jednocześnie na wszystkich hydrozespołach, bowiem w celu ich wykonania konieczne jest całkowite odstawienie ESP, co jest planowane w okresie od 1 maja 2024 do 30 września 2024 r. Celem zatem uniknięcia konieczności kilkukrotnego odstawienia ESP Zamawiający wymaga, aby część prac wymagających całkowitego odstawienia ESP została wykonana w okresie zaplanowanego odstawienia.

Zakres Prac w okresie odstawienia jest odrębny od demontażu istniejących hydrozespołów, montażu nowych hydrozespołów, dla których zostały określone Kamienie Milowe w HRF. Prace w okresie odstawienia stanowią prace towarzyszące względem wymiany hydrozespołów. Prace te muszą zostać zrealizowane i są objęte zakresem przedmiotu zamówienia. Nie są to jednak prace *stricte* związane z modernizacją istniejących hydrozespołów. Odwołujący powołuje się na pkt. 6.1. PFU twierdząc, że w tym punkcie znajduje się opis prac składający się na każdy hydrozespół. Z punktu 6.1. PFU natomiast wynika (co potwierdza tytułu tego punktu) zakres dostaw w ramach hydrozespołów, w tym także w ramach układów pomocniczych hydrozespołów. Tym samym w punkcie 6.1. PFU został określony zakres dostaw obejmujący hydrozespoły oraz instalacje towarzyszące. Wskazywane przez Odwołującego kłapy na rurach ssących (str. 144 PFU) są układem pomocniczym hydrozespołów, jednak nie jest to element hydrozespołu. Tym samym Odwołujący myli się uznając, że wykonanie tego zakresu prac należy uznać za modernizację hydrozespołu.

Zakres prac do wykonania w ramach kłap na rurach ssących został opisany w punkcie 6.9.1. PFU i jest odrębnym zakresem zamówienia wobec modernizacji hydrozespołów. Zgodnie z podpunktem 6.9.1.1. PFU „wszystkie prace związane z modernizacją zamknięć klapowych rur ssących będą wykonane w okresie planowanego postoju ESP do modernizacji zbiornika górnego jednocześnie na wszystkich hydrozespołach”. W konsekwencji zatem Zamawiający uznaje, że jest to zakres Prac w okresie odstawienia.

Z HRF nie wynika dokładny termin, w którym wykonawca planuje zrealizować Prace w okresie odstawienia. Wykonawca zatem przygotowując HRF powinien był uwzględnić konieczność wykonania tych prac w okresie od 1 maja do 30 września 2024 r., jednak nie był to Kamień Milowy wynikający z HRF, stąd też nie zostało to odzwierciedlone w HRF. W związku

z powyższym nie jest prawdą, że Konsorcjum nie uwzględniło konieczności wykonania Prac w okresie odstawienia. Przystępujący oświadczył w treści oferty, że wykona cały zakres przedmiotu zamówienia, zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz załącznikami do niej, akceptuje treść wzoru umowy. Tym samym potwierdził, że uwzględnił w HRF konieczność wykonania Prac w okresie odstawienia w okresie od 1 maja do 30

września 2024 r. Z pisma Konsorcjum z 9 maja 2022 r., stanowiącego odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty z 29 kwietnia 2022 r., wynikają natomiast daty rozpoczęcia wykonania prac modernizacyjnych poszczególnych hydrozespołów, a nie termin wykonania Prac w okresie odstawienia. Nieuprawniony jest zatem wniosek Odwołującego sugerujący, że skoro Konsorcjum rozpocznie demontaż Hydrozespołu 3 (Kamień Milowy nr 3) 1 października 2024 r., to wcześniej żadnych innych prac nie będzie wykonywać. Z HRF złożonego przez Przystępującego oraz treści wyjaśnień z 9 maja 2022 r. wynika termin rozpoczęcia wykonania Kamieni Milowych. Skoro Prace w okresie odstawienia nie są odrębnym Kamieniem Milowym w HRF, nieuprawnione jest stwierdzenie, że prace te zostaną wykonane wraz z Kamieniem Milowym 3 – Zakończenie demontażu Hydrozespołu 3.

Zamawiający nie prosił Konsorcjum o wyjaśnienie terminu wykonania Prac w okresie odstawienia, a jedynie o wskazanie daty rozpoczęcia wykonania modernizacji poszczególnych hydrozespołów. Miało to na celu ustalenie okresu wykonania modernizacji hydrozespołów. Zamawiający nie miał wątpliwości, że Konsorcjum GE uwzględniło konieczność wykonania Prac w okresie odstawienia, Odwołujący natomiast swoje stanowisko opiera na błędnym założeniu.

Błędne jest również twierdzenie Odwołującego, że w ramach wykonania modernizacji hydrozespołów należało uwzględnić Prace w okresie odstawienia. Czynności te są niezależne od prac wynikających z Kamieni Milowych i nie stanowią w rozumieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia prac związanych z modernizacją hydrozespołu, co potwierdza w szczególności odpowiedź na pytanie nr 196.

Nie jest również prawdą, że celem wykonania Prac w okresie odstawienia konieczne jest zakończenie wszystkich prac projektowych. Harmonogram wykonania czynności projektowych w tym zakresie oraz realizacji Prac w okresie odstawienia zostanie uwzględniony w HRU, który zostanie ustalony z wykonawcą w terminie 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy (§ 2 ust. 3 wzoru umowy). Dopiero w HRU konieczne będzie określenie precyzyjnych terminów wykonania poszczególnych etapów wykonania zamówienia, a nie jedynie Kamieni Milowych wynikających z HRF. Wówczas zatem Zamawiający będzie oczekiwać, aby wymagania ogólne wynikające z HRF zostały spełnione. Zamawiający nie widzi przeciwwskazań, aby dokonać odbioru poszczególnych elementów czy części dokumentacji projektowej, która będzie niezbędna do wykonania Prac w okresie odstawienia. Taka możliwość wynika z Programu Sprawdzeń i Odbiorów (pkt III.2) stanowiącego załącznik nr 16.83 do PFU.

Myli się również Odwołujący, że z §1 ust. 3 wzoru umowy wynika obowiązek posiadania przez wykonawcę pozwolenia na budowę celem wykonania Prac w okresie odstawienia. Z

tego postanowienia umowy wynika jedynie, że obowiązkiem wykonawcy jest uzyskanie stosownych decyzji administracyjnych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający natomiast nie przesądził, czy faktycznie Prace w okresie odstawienia wymagają uzyskania takiego pozwolenia. W ocenie Zamawiającego w tym zakresie pozwolenie na budowę nie będzie wymagane.

W konsekwencji okoliczności, które w ocenie Odwołującego miałyby być podstawą do rozpoczęcia prac, są nieprawidłowe i nie wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a oferta Konsorcjum jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego wynikającymi ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wymagał, aby okres modernizacji jednego hydrozespołu nie przekroczył 13 miesięcy. Z oferty Konsorcjum, HRF oraz z pisma z 9 maja 2022 r. wynika jednoznacznie, że czynności związane z modernizacją jednego hydrozespołu zostaną zrealizowane w okresie 13 miesięcy. W piśmie z 9 maja 2022 r. Konsorcjum podało daty rozpoczęcia pracy nad modernizacją poszczególnych hydrozespołów, natomiast z HRF wynikają daty zakończenia tych prac. Z analizy tych dokumentów wynika jednoznacznie, że Przystępujący przyjął, że każdy hydrozespół będzie modernizowany przez okres nie dłuższy niż 13 miesięcy.

Założenie Odwołującego, że do okresu 13 miesięcy na wykonania modernizacji hydrozespołów wlicza się czas na wykonanie Prac w okresie odstawienia jest nieprawidłowe. W odpowiedzi na pytanie nr 196 Zamawiający stwierdził, że „maksymalny czas podany w SIWZ, wynoszący teraz 13 miesięcy, obejmuje demontaż obecnego HZ, montaż nowego HZ, sprawdzenie, próby, testy, uruchomienie, odbiór i przekazanie do eksploatacji”. Oznacza to, że do maksymalnego okresu 13 miesięcy wlicza się jedynie Kamień Milowy wynikające z HRF, tj. od momentu rozpoczęcia Kamienia Milowego dotyczącego demontażu hydrozespołu do przekazania do eksploatacji nowego hydrozespołu. Innymi słowy, odnosząc się do Hydrozespołu 3, maksymalny okres 13 miesięcy liczony jest od rozpoczęcia wykonania Kamienia Milowego – Zakończenia demontażu Hydrozespołu 3 (Kamień Milowy 3) do momentu Przekazania do Eksploatacji Hydrozespołu nr 3 (Kamień Milowy 6). Należy odróżnić prace związane z modernizacją poszczególnych hydrozespołów od Prac w okresie odstawienia.

Przyjmując argumentację Odwołującego należałoby uznać, że żaden z wykonawców nie złożył oferty uwzględniającej 13 miesięcy (lub okres krótszy w zależności od treści oferty) na wykonanie modernizacji poszczególnych hydrozespołów oraz Prac w okresie odstawienia. Przyjmując bowiem, że Prace w okresie odstawienia są pracami modernizacyjnymi hydrozespołów w rozumieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia i muszą być wykonane w okresie nie dłuższym niż 13 miesięcy, wymagałoby, aby okres realizacji

wszystkich prac związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia zakończył się nie później niż 13 miesięcy od dnia rozpoczęcia Prac w okresie odstawienia. Przy takiej interpretacji oferta Odwołującego podlegałaby również odrzuceniu, bowiem termin przekazania do Eksploatacji Hydrozespołów 1, 2 i 4 został określony znacznie po upływie 13 miesięcy od dnia wykonania Prac w okresie odstawienia, tj. od dnia 1 maja do 30 września 2024 r. Przy takim założeniu wykonawcy musieliby również wykonywać prace na poszczególnych hydrozespołach jednocześnie, co byłoby niezgodne z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 229.

Odwołujący myli się twierdząc, że Konsorcjum dokonało zmian w treści HRF. Konsorcjum wskazało, że terminy z niego wynikające zostały obliczone w oparciu o założenie, że umowa zostanie podpisana 1 lipca 2022 r. Nie można twierdzić, że takie założenie stanowi wprowadzenie dodatkowego warunku. Konsorcjum w złożonym piśmie z 9 maja 2022 r. wyjaśniło okoliczności takiego działania, które zostały zaakceptowane przez Zamawiającego. Zgodnie ze wzorem HRF wykonawca zobowiązany był wskazać terminy wykonania Kamieni Milowych jako konkretną datę. Natomiast termin wykonania zamówienia wynosi 66 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Tym samym wykonawca nie jest zobowiązany do wykonania całości zamówienia do konkretnego dnia kalendarzowego, a w okresie 66 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Powstała zatem pewna rozbieżność pomiędzy terminem wykonania całego zamówienia a terminami wykonania Kamieni Milowych wynikających z HRF. Każdy z wykonawców musiał określić konkretne daty wykonania Kamieni Milowych mając na uwadze, że łącznie czas wykonania zamówienia nie może przekroczyć 66 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz inne ograniczenia wskazane przez Zamawiającego. Biorąc przy tym pod uwagę, że nie jest znana data zawarcia umowy, a zatem początkowy termin wykonania zamówienia, każdy z wykonawców przyjął w tym zakresie pewne założenia. Założenie to Konsorcjum przedstawiło w swoim HRF.

Myli się Odwołujący uznając, że treść HRF złożonego wraz z ofertą wiąże strony i nie może być w żaden sposób modyfikowana. Zgodnie bowiem z punktem 9.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „ostateczny kształt dokumentu HRF zostanie zaktualizowany i uzgodniony z Zamawiającym przed podpisaniem umowy i będzie stanowić załącznik do umowy”. Tym samym Zamawiający zdawał sobie sprawę, że przy opracowywaniu HRF wykonawcy będą musieli założyć datę zawarcia umowy celem określenia terminów wykonania zamówienia. Takie założenie musiał również zrobić Odwołujący. Zamawiający dopuścił jednak możliwość dostosowania HRF do sytuacji w chwili zawarcia umowy, a zatem jego aktualizacji.

Konsorcjum nie wprowadziło żadnych zmian do treści HRF, w tym zmian o charakterze istotnym. Wykonawca bowiem przedstawił termin wykonania poszczególnych Kamieni

Milowych (zdefiniowanych przez Zamawiającego) oraz ich wartość. Przyjęte przez Konsorcjum założenie dotyczące terminu zawarcia umowy nie wpływa na oczekiwane przez Zamawiającego informacje dotyczące sposobu wykonania zamówienia. Nie sposób zatem uznać, aby takie działanie mogło być uznane jako jakikolwiek dodatkowy warunek.

Jednocześnie wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego nie wpłynęły na treść złożonego wraz z ofertą HRF. Tym samym nie doszło do żadnej zmiany oferty w toku postępowania. W związku z powyższym zarzut Odwołującego jest nieuzasadniony i powinien zostać oddalony.

Odwołujący nie przedstawił żadnego argumentu, który mógłby uprawdopodobnić, że oferta Konsorcjum zawiera błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący ograniczył się do porównania cen ofert złożonych w postępowaniu i uznał, że Przystępujący musiał pominąć część prac objętych zakresem zamówienia, natomiast w ogóle nie odnosi się do wartości poszczególnych prac czy wartości Kamieni Milowych wynikających z HRF Przystępującego. Odwołujący sformułował zatem wobec czynności Zamawiającego całkowicie blankietowy zarzut. Zamawiający nie może ustosunkować się do niego w sytuacji, gdy z treści odwołania nie wynikają żadne okoliczności faktyczne, które mogłyby stanowić podstawę do jego formułowania.

W orzecznictwie wskazuje się, że zarzut odwołania obejmuje również okoliczności faktyczne, które miałyby go uzasadniać. W przypadku ich nieprzedstawienia na etapie składania odwołania ich dalsze formułowanie przez odwołującego jest niedopuszczalne. W związku z powyższym, już z przyczyn formalnych, zarzut powinien zostać oddalony.

Zamawiający nie zidentyfikował żadnych okoliczności, które mogłyby świadczyć o tym, że Konsorcjum nie uwzględniło w cenie oferty całego zakresu zamówienia objętego postępowaniem. Konsorcjum złożyło ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Tym samym nie ziszcili się podstawy do odrzucenia oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia GE Hydro France SAS i Mostostal S.A. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący oświadczył, że zaoferował realizację pełnego zakresu zamówienia, co znajduje potwierdzenie zarówno w złożonym formularzu ofertowym, jak i harmonogramie rzeczowo-

-finansowym. Przeciwnie twierdzenia Odwołującego są bezpodstawne i nieudowodnione. Zastrzeżenia tożsame można podnieść wobec oferty Odwołującego, jak i trzeciego z oferentów – Zarmen Sp. z o.o.

Istota argumentacji odwołania sprowadza się do twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący rzekomo nie uwzględnił w ofercie prac obejmujących modernizację klap w rurze ssącej, które zgodnie z PFU mogły być zrealizowane wyłącznie w okresie odstawienia ESP. Rzekomym potwierdzeniem tego mają być zaproponowane w HRF terminy realizacji Kamieni Milowych, z których miałyby wynikać, że Przystępujący prac tych nie wykona. Argumentacja odwołania została oparta o dowolną interpretację pojęcia hydrozespół przez Odwołującego. Przywołana przez Odwołującego definicja hydrozespołu z projektu umowy faktycznie nie definiuje tego, czym hydrozespół jest, a jedynie precyzuje kwestie redakcyjne stwierdzając, że „Hydrozespół oznacza odpowiednio każdy hydrozespół ESP modernizowany na podstawie Umowy, w tym Hydrozespół 1, Hydrozespół 2, Hydrozespół 3 oraz Hydrozespół 4”. Definicja ta w żaden sposób nie odnosi się do zapisów PFU, w tym do punktu 6.1. W projekcie umowy brak jest przy tym jakichkolwiek innych zapisów pozwalających na ustalenie, co należy rozumieć pod pojęciem „Hydrozespół”.

W punkcie 6.9 PFU Prace hydromechaniczne / hydrauliczne konstrukcje stalowe ppkt 6.9.1 dotyczy zamknięć klapowych. W ppkt 6.9.1.1 poza zakresem rzeczowym modernizacji zamknięć klapowych zawarto zastrzeżenie „Wszystkie prace związane z modernizacją zamknięć klapowych rur ssących będą wykonane w okresie planowanego postoju ESP do modernizacji zbiornika górnego jednocześnie na wszystkich hydrozespołach”. Skoro zatem wszelkie prace w zakresie modernizacji zamknięć klapowych mają zostać wykonane w okresie planowanego postoju ESP jednocześnie na wszystkich hydrozespołach, oznacza to, że w tym czasie żaden hydrozespół nie będzie pracował. To zaś nie da pogodzić się z innym wymaganiem Zamawiającego, jakim jest sekwencyjne „odstawianie” poszczególnych hydrozespołów w celu ich modernizacji, z tym, że Hydrozespół nr 3 ma być modernizowany jako pierwszy i w tym czasie żaden inny hydrozespół nie może być modernizowany. To zaś oznacza, że nie da się technicznie połączyć wykonywania modernizacji zamknięć klapowych z modernizacją pompoturbiny czy silnikoprądnicy, w szczególności zaś tych elementów Hydrozespołu 3. Gdyby bowiem prace w zakresie modernizacji zamknięć klapowych miały być realizowane równolegle z modernizacją pompoturbiny i silnikoprądnicy Hydrozespołu 3, oznaczałoby to, że Hydrozespół 1, Hydrozespół 2 i Hydrozespół 4 także są odstawione. Taką zaś możliwość Zamawiający wyraźnie wykluczył, zarówno w zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w treści udzielanych wyjaśnień.

W odpowiedzi na pytanie nr 196 wyjaśnione zostało, jaki zakres prac mieści się w okresie realizacji *per* hydrozespół. Zamawiający wskazał bowiem, że maksymalny czas podany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wynoszący 13 miesięcy, obejmuje demontaż obecnego HZ, montaż nowego HZ, sprawdzenia, próby, testy, uruchomienie, odbiór i przekazanie do eksploatacji. Odpowiedź ta jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający pod

pojęciem Hydrozespół w kontekście Terminu Modernizacji Hydrozespołu rozumie wyłącznie zespół złożony z pompoturbiny i silnikoprądnicy. W punkcie 16.3 lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że jako „długość okresu realizacji *per* HZ w miesiącach” rozumie czas trwania odstawienia każdego z hydrozespołów w związku z prowadzeniem prac modernizacyjnych (do czasu trwania nie wliczają się prace projektowe nie wymagające odstawienia hydrozespołu). Jednocześnie w załączniku nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części stanowiącej instrukcję sporządzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego, Zamawiający wskazał, że „HRF powinien uwzględniać odstawienie ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltbetonowego zbiornika górnego, sztolni derywacyjnych oraz sztolni odpływowych realizowane w terminie 1 maja 2024 do 30 września 2024. Zamawiający wymaga, aby przedstawiony przez Wykonawcę HRF uwzględniał wykonanie kompletnego odwodnienia układu przepływowego w okresie planowanego odstawienia ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltbetonowego zbiornika górnego”.

Zestawiając te dwa zapisy należy stwierdzić, że czym innym jest odstawienie ESP Porąbka-Żar, a czym innym odstawienie każdego z hydrozespołów. Oznacza to, że do okresu odstawienia każdego z hydrozespołów nie wlicza się okresu odstawienia ESP Porąbka-Żar, w więc błędne jest twierdzenie Odwołującego, że w okresie realizacji *per* hydrozespół powinny zostać uwzględnione prace możliwe do wykonania wyłącznie w okresie odstawienia ESP Porąbka-Żar. Koresponduje to z zakresem prac wskazanym przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 196. Skoro bowiem w okresie odstawienia należy wykonać modernizację zamknięć klapowych, to do wykonania w okresie odstawienia każdego z hydrozespołów pozostaną prace w zakresie pompoturbiny i silnikoprądnicy. Taki też zakres prac możliwy jest do wykonania w okresie odstawienia *per* hydrozespół ze względu na wspomniany powyżej wymóg modernizacji hydrozespołów w określonej przez Zamawiającego sekwencji.

W odwołaniu Odwołujący zbyt szeroko opisał zakres prac, które wymagają odstawienia całej ESP. Odwołujący pomija także, że HRF uniemożliwił wykonawcom jakąkolwiek modyfikację w opisie Kamieni Milowych. Potwierdzeniem tego są odmowne odpowiedzi Zamawiającego na wnioski wykonawców o rozbudowę HRF i uwzględnienie większej liczby Kamieni Milowych, precyzyjniej odwołujących się do kolejnych etapów zamówienia. Zamawiający m. in.

w odpowiedzi nr 101 i 228 jednoznacznie odmówił wprowadzenia takich zmian i oczekiwał przygotowania HRF zgodnie z oczekiwaniami zawartymi w jego wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kluczowe jest, że żaden z Kamieni Milowych nie odwoływał się ani wprost, ani pośrednio do Prac w okresie odstawienia ESP. Pierwsze dwa dotyczą bowiem prac nad dokumentacją: 1. „Projekt

podstawowy, obliczenia przepływowe, badania modelowe, plan zapewnienia jakości dla realizacji projektu”, 2. „Opracowanie kompletnej dokumentacji wykonawczej”, natomiast wszystkie kolejne Kamienie Milowe dotyczyły prac nad każdym odrębnym hydrozespołem, ostatni zaś obejmuje podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego. Kamienie Milowe dotyczące Hydrozespołu nr 1, Hydrozespołu nr 2, Hydrozespołu nr 3 i Hydrozespołu nr 4 odnoszą się do zakresów prac wykonywanych w okresie odstawienia każdej z tych jednostek, a więc nie obejmują wykonania prac podlegających wykonaniu w okresie odstawienia ESP Porąbka-Żar. Dlatego HRF przygotowany przez Przystępującego nie daje żadnych podstaw do twierdzenia, że wykonanie Prac w okresie odstawienia ESP nie zostało przewidziane w jego ofercie. Ostatni akapit instrukcji przygotowania harmonogramu wskazuje: „HRF powinien uwzględniać odstawienie ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltobetonowego zbiornika górnego, sztolni derywacyjnych oraz sztolni odpływowych realizowane w terminie 1 maja 2024 do 30 września 2024. Zamawiający wymaga, aby przedstawiony przez Wykonawcę HRF uwzględniał wykonanie kompletnego odwodnienia układu przepływowego w okresie planowanego odstawienia ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltobetonowego zbiornika górnego”.

Przystępujący przewidział realizację modernizacji każdego z hydrozespołów w okresie 13 miesięcy. Zarówno postanowienia PFU, HRF, jak i później udzielane wyjaśnienia nakazywały przyjąć, że wykonawcy mają wskazać okres realizacji każdego z hydrozespołów niezależnie od siebie, a w dodatku w określonej kolejności: najpierw modernizacja Hydrozespołu nr 3, a dopiero po jego zakończeniu modernizacja kolejnych, jednak z istotnym z zastrzeżeniem, że w tym samym czasie nie mogą być modernizowane więcej niż dwa hydrozespoły.

Wyraźnie to wynika m. in. z odpowiedzi nr 229, zgodnie z którą Zamawiający wymaga, aby HRU uwzględniał realizację prac modernizacyjnych na pierwszym hydrozespołe (Hydrozespołe nr 3) bez konieczności odstawienia pozostałych hydrozespołów. Po odbiorze prac wykonanych na pierwszym hydrozespołe Zamawiający dopuszcza jednoczesną realizację prac na dwóch jednostkach. Dlatego nie mogło budzić wątpliwości, że w HRF należy wskazać odpowiednie terminy modernizacji poszczególnych hydrozespołów z uwzględnieniem sekwencji określonej przez Zamawiającego i bez możliwości wskazania Prac w okresie odstawienia ESP. Zamawiający nie przewidział odpowiednich pozycji Kamieni Milowych dla Prac w okresie odstawienia ESP, jak i nie dopuścił do modyfikacji ich opisu. Tym samym Przystępujący, podobnie jak pozostali wykonawcy, nie miał możliwości odzwierciedlenia realizacji tych prac w HRF, co jednak nie oznacza, że ich w harmonogramie nie uwzględnił, czy tym bardziej w złożonej ofercie.

W przypadku swojego HRF Odwołujący założył, że między 1 maja a 30 września 2024 r. realizacji będą podlegać wyłącznie prace modernizacyjne na Hydrozespołe nr 3, natomiast nie wynika z niego, kiedy zamierza wykonać Prace w okresie odstawienia ESP inne niż

dotyczące tej jednostki. Można jedynie przypuszczać, że będą realizowane w tym samym okresie, tj. przed przystąpieniem do właściwej modernizacji każdego z hydrozespołów odrębnie.

Przywołana w odwołaniu odpowiedź nr 19 była jeszcze bardziej rygorystyczna od odpowiedzi nr 229, bowiem jednoznacznie przewidywała dopuszczalność modernizacji kolejnego hydrozespołu po ukończeniu prac nad poprzednim (i tym samym bez możliwości równoczesnego remontu hydrozespołów innych niż nr 3). Intencją Zamawiającego było bowiem zapewnienie nieprzerwanej pracy elektrowni w trakcie modernizacji (za wyjątkiem okresu odstawienia ESP), a w pozostałym okresie realizacji odstawienie jednego (a maksymalnie dwóch) z czterech hydrozespołów na czas ich remontu na okres nie dłuższy niż 13 (trzynaście) miesięcy. Jednym zaś z celów HRF było zweryfikowanie, czy wymóg ten przez wykonawców zostanie spełniony. Jednocześnie Zamawiający nie przewidywał w treści HRF odrębnej deklaracji odnośnie Prac w okresie odstawienia ESP (w tym poprzez wyodrębnienie osobnego kamienia milowego), wychodząc ze słusznego założenia, że wystarczające jest zastrzeżenie w instrukcji harmonogramu, że prace te mogą być wykonywane tylko w określonym przedziale czasowym i nie jest konieczne precyzowanie przez wykonawców, kiedy to w istocie nastąpi. To jednocześnie nakazuje odrębnie potraktować prace modernizacyjne na każdym hydrozespolu od Prac w okresie odstawienia ESP.

Chybione są też wywody jakoby Prace w okresie odstawienia ESP wymagały zakończenia przez wykonawcę Kamieni Milowych nr 1 i 2. Oba te etapy dotyczą zakończenia całości prac nad dokumentacją, ale nie warunkują rozpoczęcia prac remontowych w okresie wyłączenia elektrowni. Wykonanie wszystkich zadań objętych Kamieniem milowym nr 1 czy Kamieniem Milowym nr 2 nie jest bowiem powiązanie z Pracami w okresie odstawienia ESP i nie wyklucza równoczesnego kontynuowania prac nad dokumentacją (dotyczącą kompleksowego remontu każdego z hydrozespołów) z prowadzeniem prac o charakterze wyłącznie remontowym w zakresie wymaganym do zrealizowania w czasie wyłączenia elektrowni.

Zakres zadań przewidzianych do wykonania w ramach Prac w okresie odstawienia ESP nie wymaga uzyskania pozwolenia na budowę. Zgodnie z punktem 6.9.1.2 PFU Zamawiający wymaga jedynie planu inspekcji i testów, dokumentacji dotyczącej kontroli, raportu końcowego z malowania układu, w tym prac przygotowawczych, określania powłok, warunków środowiskowych, zmierzonej grubości powłoki suchej itp., a także raportu z kontroli jakości powłok.

Ponadto zapisy dotyczące prac dotyczących zamknięć klapowych zostały ujęte w punkcie 6.9 PFU zatytułowanym Prace hydromechanicznie / hydrauliczne konstrukcje stalowe. Nie

jest to zatem zakres podlegający regulacji przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

Przystępujący podtrzymał treść udzielonych wyjaśnień, zgodnie z którymi prace nad Hydrozespołem nr 3 rozpocznie 1 października 2024 r., zaś na kolejnych hydrozespołach – w terminach odpowiednio późniejszych, tak, aby uniknąć równoczesnej modernizacji Hydrozespołu nr 3 i innego hydrozespołu lub – w przypadku Hydrozespołów nr 1, 2 i 4 – równoczesnej modernizacji więcej niż dwóch.

Przez modernizację hydrozespołu, której termin wykonawcy powinni określić w formularzu ofertowym (z zastrzeżeniem, że nie mógł być krótszy niż 10 i nie dłuższy niż 13 miesięcy) Zamawiający rozumiał określony, złożony proces odrębny dla każdego z hydrozespołów, który powinien być wykonywany niezależnie od prac na pozostałych jednostkach, a rozpoczynający się demontaż obecnego hydrozespołu. Potwierdza to odpowiedź nr 196, że „maksymalny czas podany w SIWZ, wynoszący teraz 13 miesięcy, obejmuje demontaż obecnego HZ, montaż nowego HZ, sprawdzenia, próby, testy, uruchomienie, odbiór i przekazanie do eksploatacji.”

Zgodnie z punktem 16 lit. c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający jako „długość okresu realizacji *per* HZ w miesiącach” rozumie czas trwania odstawienia każdego z hydrozespołów w związku z prowadzeniem prac modernizacyjnych (do czasu trwania nie wliczają się prace projektowe nie wymagające odstawienia hydrozespołu). Okres modernizacji hydrozespołu w rozumieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (który wykonawcy powinni wskazać w formularzu ofertowym) obejmował prace, które mogą być kontynuowane w okresie wyłączenia tego jednego hydrozespołu i równoczesnej pracy pozostałych jednostek. Wobec tego okres modernizacji jednego hydrozespołu nie powinien się sumować z terminem przewidzianym dla Prac w okresie odstawienia ESP, kiedy to wszystkie hydrozespoły powinny być wyłączone. Z technicznego punktu widzenia nie jest bowiem możliwe wykonywanie zadań objętych Pracami w okresie odstawienia ESP w przypadku, gdy chociaż jeden z hydrozespołów pracuje. Tym samym prace te nie mogły być uwzględnione przez wykonawców we wskazanym w formularzu ofertowym terminie na modernizację każdego z hydrozespołów. Brak jest jakiegokolwiek rozbieżności pomiędzy ofertą Przystępującego a wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nieuprawnione są twierdzenia odwołania o rzekomym warunku zawartym w treści oferty Przystępującego. Odwołujący wybiórczo przedstawił wymogi Zamawiającego w tym zakresie, w tym zmiany z 22 marca 2022 r. oraz wprowadził Izbę w błąd wywodząc, że Konsorcjum dodało dopisek, który wskazuje, że terminy określone w tej kolumnie będą wiążące

jedynie

w przypadku, gdy termin podpisania umowy będzie odpowiadał dacie 01-07-2022. Adnotacja ta brzmiała: „Data zakończenia Kamienia Milowego (zakładając teoretyczną datę podpisania Umowy 01-07-2022)”.

Pierwotnie termin ukończenia zamówienia był określony datą kalendarzową na 31 grudnia 2027 r. Z powyższym wymogiem korespondował wzór HRF, w którym należało wskazać datę kalendarzową zakończenia poszczególnych Kamieni Milowych, na co jednoznacznie wskazywała adnotacja „dd-mm-rrrr” w rubrykach kolumny nr 2. Następnie dokonano modyfikacji specyfikacji w zakresie terminu realizacji umowy 66 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zamawiający nie dokonał zmian w specyfikacji konsekwentnie, bowiem nie wprowadził odpowiedniej zmiany HRF, aby umożliwić wykonawcom wskazanie okresu realizacji poszczególnych Kamieni Milowych w miesiącach względem daty podpisania umowy. W rezultacie wykonawcy mieli możliwość wskazania w HRF jedynie dat kalendarzowych, co oznaczało konieczność przyjęcia hipotetycznej daty podpisania umowy jako punktu odniesienia dla wskazania w HRF terminu realizacji Kamieni Milowych oraz terminu zakończenia umowy. Z tej przyczyny Przystępujący przyjął datę 1 lipca 2022 r. i względem niej określił pozostałe terminy wskazane w HRF. Jednocześnie datę tę należało traktować poglądowo, bowiem stanowiła jedynie punkt odniesienia dla ustalenia terminów realizacji poszczególnych Kamieni Milowych i zakończenia realizacji zamówienia. Jeżeli do podpisania umowy doszłoby w innym terminie, daty wskazane w HRF ulegną odpowiedniej zmianie, jednak czas realizacji poszczególnych Kamieni Milowych i ukończenia zamówienia w terminie 66 miesięcy od dnia podpisania umowy nie zmieni się. Rozwiązanie takie było w pełni dopuszczalne i zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zarzut błędu w obliczeniu ceny oferty ma charakter wynikowy wobec zarzutów nr 1 i 2, zatem wobec ich bezzasadności, również on nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący wycenił wszystkie zadania podlegające realizacji w ramach zamówienia, w tym także Prace w okresie odstawienia ESP. Brak ich osobnej wyceny w HRF wynikał jedynie z konstrukcji tego dokumentu określonej przez Zamawiającego, która uniemożliwiała wskazanie wynagrodzenia za te prace. Jeśli Odwołujący uważa, że różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego a ceną oferty Odwołującego odpowiada rzekomo nieprzewidzianemu przez Przystępującego zakresowi prac, to powinien był wykazać chociażby składowe tych kosztów i ich wysokość. Odwołujący, pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodowego, nie podjął próby wykazania tych okoliczności, bowiem i w tym zakresie odwołanie polega na nieuprawnionych spekulacjach i domysłach.

IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r., jednak, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.).

Izba stwierdziła także, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania, tj. sam przebieg postępowania o udzielenie zamówienia (czynności Zamawiającego i Przystępującego), treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty Przystępującego oraz innych złożonych przez niego dokumentów nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism, dokumentów oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazane przepisy stanowią:

Art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Przy czym, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający poprawia w ofercie inne – niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe i ich konsekwencje rachunkowe – omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Przy czym zgodnie z art. 87 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych – w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy poprawy omyłek, o których mowa powyżej.

Art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W zakresie stanu faktycznego sprawy Izba ustaliła, co następuje.

W rozdziale 9. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Termin wykonania zamówienia” Zamawiający wskazał:

9.1 Wymagany termin realizacji zamówienia zgodnie z zapisami wzoru umowy § 2 nastąpi po podpisaniu Umowy i zakończy się z chwilą podpisania przez Komisję Odbiorową Protokołu Odbioru Końcowego. Przedmiot zamówienia będzie realizowany przez Wykonawcę zgodnie z terminami przewidzianymi w załącznikach do Umowy, w tym Harmonogram Rzeczowo – Finansowy określający Kamienie Milowe (HRF) i Harmonogram Realizacji Umowy określający szczegółowy zakres realizacji Prac (HRU).

9.2 Wstępny Harmonogram Rzeczowo – Finansowy określający Kamienie Milowe (HRF) zostanie zaproponowany przez Wykonawców wraz z ofertą przy uwzględnieniu wytycznych przekazanych przez Zamawiającego w załączniku 6 do SIWZ. Ostateczny kształt dokumentu

HRF zostanie zaktualizowany i uzgodniony z Zamawiającym przed podpisaniem umowy i będzie stanowił załącznik do umowy.

9.3 Zamawiający przewiduje zakończenie realizacji zamówienia nie później niż w dniu 31.12.2027 r. (po zmianie odpowiedzi nr 145 – wyjaśnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 22 marca 2022 r.: nie później niż 66 miesięcy od dnia zawarcia umowy).

Natomiast w rozdziale 16. „Opis kryteriów i sposób oceny ofert” punkt 16.2 Zamawiający oświadczył, że przy dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty stosować będzie kryterium Efektywności Techniczno-Ekonomicznej Oferty (ETE), uwzględniającej: a. Cena oferty tj. cena oferty brutto (C), b. Gwarancja na każdy hydrozespół tj. długość okresu gwarancji na każdym hydrozespole (G), c. Czas realizacji tj. czas realizacji modernizacji przeznaczony dla każdego z hydrozespołów w miesiącach (T), d. Parametry gwarantowane tj. wyszczególnione wielkości parametrów zadeklarowanych w Tabeli parametrów gwarantowanych na podstawie których obliczane są średnie wielkości wskaźników: WAET, WAEP, AGE, APE (J).

W punkcie 16.3 Zamawiający opisał sposób oceny kryteriów, w tym w lit. c kryterium „Czas realizacji tj. czas realizacji modernizacji przeznaczony dla każdego z hydrozespołów w miesiącach” (po zmianie odpowiedzi nr 145 – wyjaśnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 22 marca 2022 r.): „ ETE_T – składnik ETE odzwierciedlający czas realizacji modernizacji dla każdego z hydrozespołów w miesiącach, obliczany wg wzoru: $ETE_T = 1,57 \times (13 - [długość\ okresu\ realizacji\ per\ HZ\ w\ miesiącach])$). Współczynnik 1,57 określa efektywność techniczno-ekonomiczną oferty zależną od skrócenia długości okresu realizacji każdego z hydrozespołów w stosunku do okresu 13 miesięcy, wyrażonego w pełnych miesiącach. Zamawiający jako „długość okresu realizacji per HZ w miesiącach” rozumie czas trwania odstawienia każdego z hydrozespołów w związku z prowadzeniem prac modernizacyjnych (do czasu trwania nie wliczają się prace projektowe nie wymagająca odstawienia hydrozespołu). Zamawiający wymaga aby czas realizacji modernizacji dla każdego z hydrozespołów był nie dłuższy niż 13 miesięcy. W przypadku złożenia oferty z czasem realizacji krótszym niż 10 miesięcy do czynności oceny ofert Zamawiający przyjmie 10 miesięcy niezależnie od długości faktycznie przedstawionego czasu realizacji. Oferty z okresem realizacji dłuższym niż 13 miesięcy będą podlegały odrzuceniu, Oferty z okresem 13 miesięcy otrzymają „zero” punktów, zaś Oferty z okresem od 12 do 10 miesięcy otrzymają punkty zgodnie ze wzorem.”

Odpowiedzią nr 145 Zamawiający – wyjaśnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 22 marca 2022 r. wprowadził także zmiany w punkcie 7. i 9. formularza ofertowego:

„Było: <<7. Oferujemy wykonanie całości Zamówienia w terminie określonym w SIWZ tj. nie później niż w dniu 31.12.2027r.>>; Jest: <<7. Oferujemy wykonanie całości Zamówienia w terminie określonym w SIWZ tj. nie później niż 66 miesięcy od dnia podpisania umowy.>>

Było: <<9. Oferujemy długość okresu realizacji per hydrozespół 12 miesięcy, (w przypadku zaoferowania krótszego okresu długości realizacji per hydrozespół niż określony należy wskazać jej długość miesięcy).>>; Jest: <<9. Oferujemy długość okresu realizacji per hydrozespół nie dłużej niż miesięcy. (Zamawiający wymaga okresu nie dłuższego niż 13 miesięcy, przy czym dla 13 m-ca przyzna „ zero” punktów).>>”

W rozdziale 6. programu funkcjonalno-użytkowego Zamawiający zawarł „Szczegółowe wymagania techniczne dla poszczególnych branż”, w tym w punkcie 6.1 „Zakres dostawy hydrozespołów, w tym układów pomocniczych hydrozespołów”. W punkcie tym zawarto także ustęp: „W zakresie klap na rurach ssących: - modernizacja napędów klap na rurach ssących pod kątem zwiększenia pewności i bezpieczeństwa działania oraz z wymogiem uzyskania dwuletniego cyklu przeglądowego części podwodnej, - modernizacja części podwodnej klapy ze zmianą konstrukcji przeniesienia napędu wraz z łożyskowaniem, - wymiana
uszczelnień
i wykonanie powłok antykorozyjnych klapy i opancerzenia.”

Natomiast w punkcie 6.9 PFU „Prace hydromechaniczne/hydrauliczne konstrukcje stalowe” znalazł się podpunkt 6.9.1 „Zamknięcia klapowe”, pppkt 6.9.1.1 „Zakres czynności do wykonania i dostaw”, w którym Zamawiający opisał, co jest objęte zakresem modernizacji zamknięć klapowych.

W załączniku „Projekt umowy” Zamawiający zawarł m.in. następujące definicje dla potrzeb interpretacji postanowień umowy: „HRF – Harmonogram Rzeczowo – Finansowy określający Kamienie Milowe, terminy ich realizacji oraz część Wynagrodzenia, jaka będzie zapłacona Wykonawcy za realizację poszczególnego Kamienia Milowego, stanowiący Załącznik nr [xx] do Umowy”; „HRU – Harmonogram Realizacji Umowy określający szczegółowy zakres realizacji Prac, przedstawiający logiczne powiązanie wszystkich realizowanych przez Wykonawcę zadań wraz ze wskazaniem ścieżki krytycznej, stanowiący Załącznik nr [xx] do Umowy”; „Hydrozespół – oznacza odpowiednio każdy hydrozespół ESP modernizowany na podstawie Umowy, w tym Hydrozespół 1, Hydrozespół 2, Hydrozespół 3 oraz Hydrozespół 4”;

„Kamienie Milowe – pozycje (części Przedmiotu Umowy) wskazane w HRF (Załącznik nr 4 Umowy), których prawidłowe wykonanie stanowi podstawę do przeprowadzania odbiorów i płatności określonej w HRF”; „Odbiór Hydrozespołu – odbiór (prowadzony dla każdego Hydrozespołu odrębnie), o którym mowa w § 6 ust. 2 pkt. 3) Umowy, zakończony Protokołem

Obioru Hydrozespołu, będący jednocześnie Odbiorem Częściowym w zakresie, w jakim Przekazanie Hydrozespołu do Eksploatacji stanowi Kamień Milowy”; „Termin Modernizacji Hydrozespołu – termin modernizacji Hydrozespołu, w którym ma nastąpić Przekazanie Hydrozespołu do Eksploatacji (potwierdzone podpisaniem Protokołu Odbioru Hydrozespołu), wynoszący nie więcej niż: - dla Hydrozespołu 3 – [do wypełnienia przed podpisaniem umowy na podstawie oferty Wykonawcy], - dla Hydrozespołu 4 - [do wypełnienia przed podpisaniem umowy na podstawie oferty Wykonawcy], - dla Hydrozespołu 2 - [do wypełnienia przed podpisaniem umowy na podstawie oferty Wykonawcy], - dla Hydrozespołu 1 - [do wypełnienia przed podpisaniem umowy na podstawie oferty Wykonawcy]”; „Przekazanie Hydrozespołu do Eksploatacji – dokonywane po Ruchu Próbnym potwierdzenie, że Hydrozespół został przebudowany (zmodernizowany) oraz jest w pełni funkcjonalny i gotowy do bezpiecznej eksploatacji zgodnie z wymogami Umowy, w szczególności osiąga wszelkie Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy A, które nastąpi przez podpisanie Protokołu Odbioru Hydrozespołu”; „Protokół Odbioru Hydrozespołu – protokół wystawiony przez Komisję Odbiorową po pozytywnym zakończeniu Ruchu Próbnego Hydrozespołu (dla każdego Hydrozespołu odrębnie), potwierdzający Przekazanie Hydrozespołu do Eksploatacji”.

W wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 20 stycznia oraz 22 i 29 marca 2022 r. Zamawiający wskazał:

„Pytanie nr 19: Czy dozwolone będzie równoległe prowadzenie robót dla 2 bloków jednocześnie zamiast dla każdego z bloków po kolei, jak zaproponowano w dokumencie „Prezentacja_rozpoczęcie Dialogu z GR11_2021 - str. 5”?

Odpowiedź nr 19: Zamawiający informuje, iż zgodnie z zapisami Załącznika nr 4 do wzoru Umowy „Instrukcja przygotowania Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego”: HRF powinien uwzględnić odstawienie ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltobetonowego zbiornika górnego, sztolni derywacyjnych oraz sztolni odpływowych realizowane w terminie 1 maja 2024 do 30 września 2024. Zamawiający wymaga, aby przedstawiony przez Wykonawcę HRF uwzględnił wykonanie wszelkich prac wymagających odstawienia więcej niż jednego bloku ESP Porąbka-Żar jednocześnie oraz kompletnego odwodnienia układu przepływowego w okresie planowanego odstawienia ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltobetonowego zbiornika górnego. Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z informacjami przekazywanymi przez Wykonawców na etapie dialogu, modernizacja każdego z bloków po kolei została wybrana jako wariant generujący mniejsze ryzyka realizacji zarówno po stronie Zamawiającego jak i Wykonawcy.”

„Pytanie nr 101: Temat pytania – Pytania dotyczące harmonogramu projektu, terminów płatności, robót budowlanych, generatora. Niniejszym wnosimy o modyfikację PFU, wzoru Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, poprzez ustalenie wartości Kamieni Milowych w sposób przedstawiony poniżej. Analiza wzoru Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego przedstawionego przez Zamawiającego w ostatecznym PFU, oparta na bogatym doświadczeniu Oferenta w realizacji tego typu projektów, wskazuje, że wybrany przez Zamawiającego wykonawca będzie zmuszony do kredytowania znacznej części prac (przez okres ponad 24 miesięcy). W obecnym stanie nie jest możliwe takie zorganizowanie dostaw i robót, aby mogły być one finansowane z płatności Wynagrodzenia wypłacanego przez Zamawiającego w pełnym okresie realizacji projektu. Należy zwrócić uwagę, że płatności stanowiące 25% wartości Wynagrodzenia (Kamienie milowe związane z: Zakończeniem montażu HZ nr 1, Przekazaniem do eksploatacji HZ nr 1, Świadectwem Odbioru Końcowego) są przewidziane po zakończeniu wszelkich prac montażowych, czyli na etapie gdy poniesione przez Wykonawcę koszty przekroczą 95%. Ponadto wzór Harmonogramu Rzeczowo Finansowego przewiduje 45% wynagrodzenia po zakończeniu wszelkich prac montażowych HZ 1-3 (5% zakończenie montażu i 10% Przekazanie do Eksploatacji dla każdego HZ). Należy zauważyć, że utrzymanie treści Załącznika nr 6 do SIWZ w obecnym kształcie może skutkować niezłożeniem oferty przez oferentów biorących udział w tym postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, wnosimy o zmianę Załącznika nr 6 do SIWZ w sposób wskazany poniżej, lub podobny, polegający na zwiększeniu wartości Kamieni Milowych przewidywanych do wykonania w pierwszej połowie umowy i zmniejszeniu wartości Kamieni Milowych przewidywanych do wykonania w ostatniej fazie projektu.” Pytanie zawierało także tabelę z propozycjami wykonawcy.

„Odpowiedź nr 101: Zamawiający informuje, że wprowadza modyfikację HRF, w zakresie procentowej [%] wartości wynagrodzenia za realizację Kamienia Milowego. Dodatkowo informuje, że realizacja Kamienia Milowego ma związek z wykonaniem konkretnego i kompletnego zakresu prac wykonawcy, mogącego być odebrany przez Zamawiającego zgodnie z PFU, jego załącznikami oraz wzorem Umowy. Kamień Milowy musi odnosić się do skończonego etapu modernizacji (np. zakończenie montażu hydrozespołu) i nie może odnosić się do poszczególnych prac danego etapu (np. zakończenie montażu stajana, turbiny, generatora). Zamawiający oczekuje od Wykonawcy uzupełnienia HRF w zakresie podania terminu realizacji Kamienia Milowego oraz jego wartości (wysokość kwoty, którą Zamawiający zapłaci wykonawcy za zrealizowaną pracę). Zamawiający nie może uznać za Kamień Milowy prac, które nie stanowią dla Zamawiającego żadnej wartości materialnej (np. zakończenie badań modelowych) oraz intelektualnej. Zamawiający przypomina, że wypłaci

Wykonawcy, po zawarciu Umowy, zaliczkę w wysokości 20% wartości zamówienia, która rozliczona zostanie zgodnie z zapisami Umowy.” Odpowiedź zawiera również tabelę z wprowadzonymi zmianami.

„Pytanie nr 196: Temat pytania – Pytanie dotyczące Załącznika nr 3 do SIWZ Formularz Oferty Prosimy o wyjaśnienie zapisu punktu 9 Załącznika nr 3 do SIWZ Formularza Ofertowego:

<<9. Oferujemy długość okresu realizacji per hydrozespół 12 miesięcy, (w przypadku zaoferowania krótszego okresu długości realizacji per hydrozespół niż określony należy wskazać jej długość miesięcy).>> Czy to 12 miesięcy obejmuje również uruchomienie i odbiór?

Odpowiedź nr 196: Zamawiający wyjaśnia, iż w udzielonej odpowiedzi do pytania nr 145 powyżej dokonał modyfikacji długości okresu realizacji per hydrozespołów w stosunku do wymaganego maksymalnego okresu zmieniać z 12 na 13 miesięcy. Zamawiający jednocześnie informuje, iż maksymalny czas podany w SIWZ, wynoszący teraz 13 miesięcy, obejmuje demontaż obecnego HZ, montaż nowego HZ, sprawdzenia, próby, testy, uruchomienie, odbiór i przekazanie do eksploatacji.”

„Pytanie nr 229: Jednoznacznie rozumiemy, że celem klienta jest zakończenie projektu 31 grudnia 2027 roku. W związku z tym prosimy o potwierdzenie, czy jednoczesne wyłączenie/jednoczesne wykonywanie prac na dwóch hydrozespołach będzie dopuszczalne w celu osiągnięcia wyżej wymienionego terminu?

Odpowiedź nr 229: Zamawiający informuje, że skorygował już termin realizacji zamówienia w odpowiedzi 145 powyżej. Zamawiający przewiduje zakończenie realizacji zamówienia nie później niż w okresie 66 miesięcy od daty zawarcia Umowy. Wykonawca, zgodnie z zapisami § 2 pkt. 5 Umowy, w terminie 3 (trzech) miesięcy od podpisania Umowy zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu szczegółowego HRU (w wersji edytowalnej w programie MS Project i w wersji papierowej, w 2 (dwóch) egzemplarzach), który będzie zgodny z Umową i HRF, a także będzie wskazywał szczegółowo zakres i kolejność Prac oraz wskazywał ścieżkę krytyczną. Zamawiający w terminie do 14 (czternastu) dni od otrzymania HRU zgłosi ewentualne uwagi i uzgodni z Wykonawcą zmiany HRU. Wykonawca zobowiązuje się uwzględnić racjonalne uwagi Zamawiającego, w szczególności wynikające z potrzeby dotrzymania terminów określonych w Umowie lub HRF i innych zobowiązań wynikających z Umowy. Uzgodniony pomiędzy Stronami na piśmie HRU stanie się Załącznikiem nr 5 do Umowy. Pierwsza uzgodniona pomiędzy Stronami na piśmie wersja HRU stanowić będzie plan bazowy, a każda następną wersją HRU będzie wskazywać odchylenia od planu bazowego. Wykonawca będzie przedkładał skorygowany (aktualny) HRU (w wersji edytowalnej

w programie powszechnie używanym do harmonogramowania i w wersji papierowej, w 2 (dwóch) egzemplarzach), kiedykolwiek poprzedni HRU stanie się niespójny z faktycznym postępowaniem Prac. Ponadto Wykonawca każdorazowo jest zobowiązany przedłożyć aktualny HRU w terminie 7 (siedmiu) dni od otrzymania wezwania od Zamawiającego na piśmie. Zamawiający będzie przekazywał Wykonawcy HRU wykonawcy projektu pn. „Wykonanie w trybie Generalnego Realizatora Inwestycji modernizacji zbiornika górnego ESP Porąbka Żar – zadanie nr 2” w celu skoordynowania prac realizowanych w ESP pod nadzorem Zamawiającego. Zamawiający zastrzega ponadto, że HRU musi uwzględniać wykonanie wszelkich prac wymagających kompletnego odwodnienia układu przepływowego w okresie planowanego odstawienia całej ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltobetonowego zbiornika górnego w ramach projektu pn. „Wykonanie w trybie Generalnego Realizatora Inwestycji modernizacji zbiornika górnego ESP Porąbka Żar – zadanie nr 2”. Ponadto Zamawiający wymaga aby HRU uwzględniał realizację prac modernizacyjnych na pierwszym hydrozespole bez konieczności odstawienia pozostałych hydrozespół. Po odbiorze prac wykonanych na pierwszym hydrozespole, Zamawiający dopuszcza jednoczesną realizację prac na dwóch jednostkach.”

Załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznik nr 4 do wzoru umowy) „Instrukcja przygotowania Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego” zawierał następujące informacje: „Do oferty Wykonawca musi załączyć Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (HRF) sporządzony zgodnie z poniższymi zasadami: HRF powinien zawierać oznaczenie: Harmonogram Rzeczowo – Finansowy dla zadania pn. <<Wykonanie w trybie Generalnego Realizatora Inwestycji modernizacji części technologicznej ESP Porąbka-Żar>>, postępowanie nr POST/EOD/EOD/BM/00178/2020. HRF powinien uwzględniać możliwość udzielenia zaliczki przez Zamawiającego w wysokości 20% Wynagrodzenia. Wykonawca przygotowuje HRF wg poniższej tabeli, uzupełniając datę zakończenia Kamienia Milowego (kolumna 2) oraz wartość Kamienia Milowego netto (kolumna 3). HRF przygotowywany przez Wykonawcę musi być zgodny z zapisami Umowy, a także musi bezwzględnie zawierać wpisane przez Zamawiającego niżej Kamienie Milowe. HRF musi pokazywać Kamienie Milowe netto w PLN sumarycznie na 100% (sto procent) Wynagrodzenia umownego netto. HRF powinien uwzględniać odstawienie ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltobetonowego zbiornika górnego, sztolni derywacyjnych oraz sztolni odpływowych realizowane w terminie 1 maja 2024 do 30 września 2024. Zamawiający wymaga, aby przedstawiony przez Wykonawcę HRF uwzględniał wykonanie kompletnego odwodnienia układu przepływowego w okresie planowanego odstawienia ESP Porąbka-Żar do wymiany ekranu asfaltobetonowego zbiornika górnego. Zaliczka nie jest Kamieniem Milowym.”

Załącznik ten zawierał także tabelę o kolumnach: „Lp.”, „Opis Kamienia Milowego”, „Data zakończenia Kamienia Milowego”, „Wartość Kamienia Milowego netto odniesiona do wartości Wynagrodzenia z Umowy”. Kolumna „Opis Kamienia Milowego” została przygotowana przez Zamawiającego i zawierała następujące pozycje: Zaliczka (podpisanie Umowy); Projekt podstawowy, obliczenia przepływowe, badania modelowe, plan zapewnienia jakości dla realizacji projektu; Opracowanie kompletnej dokumentacji wykonawczej; Zakończenie demontażu Hydrozespołu 3; Dostawa głównych komponentów Hydrozespołu 3 na obiekt: układ SFC, generator, wirnik turbiny, łopaty aparatu kierowniczego, regulator obrotów; Zakończenie montażu Hydrozespołu 3; Przekazanie do Eksploatacji Hydrozespołu 3; Zakończenie demontażu Hydrozespołu 4; Dostawa głównych komponentów Hydrozespołu 4 na obiekt: układ SFC, generator, wirnik turbiny, łopaty aparatu kierowniczego, regulator obrotów; Zakończenie montażu Hydrozespołu 4; Przekazanie do Eksploatacji Hydrozespołu 4; Zakończenie demontażu Hydrozespołu 2; Dostawa głównych komponentów Hydrozespołu 2 na obiekt: układ SFC, generator, wirnik turbiny, łopaty aparatu kierowniczego, regulator obrotów; Zakończenie montażu Hydrozespołu 2; Przekazanie do Eksploatacji Hydrozespołu 2; Zakończenie demontażu Hydrozespołu 1; Dostawa głównych komponentów Hydrozespołu 1 na obiekt: układ SFC, generator, wirnik turbiny, łopaty aparatu kierowniczego, regulator obrotów; Zakończenie montażu Hydrozespołu 1; Przekazanie do Eksploatacji Hydrozespołu 1; Podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego.

W kolumnie „Data zakończenia Kamienia Milowego” wykonawcy mieli wpisać daty według formatu „dd-mm-rrrr” (oprócz pozycji dotyczącej zaliczki, którą wypełnił Zamawiający), a w kolumnie „Wartość Kamienia Milowego netto odniesiona do wartości Wynagrodzenia z Umowy” ww. wartość według wskazań procentowych Zamawiającego.

W złożonej ofercie Przystępujący wypełnił powyższy załącznik nr 6 do specyfikacji (wpisy w kolorze czerwonym) w kolumnie „Data zakończenia Kamienia Milowego” dopisując: „Data zakończenia Kamienia Milowego (zakładając teoretyczną datę podpisania Umowy 01-07-2022)”.

Natomiast w formularzu ofertowym Przystępujący wskazał: „7. Oferujemy wykonanie całości Zamówienia w terminie określonym w SIWZ tj. nie później niż 66 miesięcy od dnia zawarcia umowy. (...) 9. Oferujemy długość okresu realizacji per hydrozespół nie dłużej niż 13 miesięcy, (Zamawiający wymaga okresu nie dłuższego niż 13 miesięcy, przy czym dla 13 m-ca przyzna „zero” punktów).”

Zamawiający, pismem z 29 kwietnia 2022 r., powołując się na art. 87 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienia treści przedłożonego wraz z ofertą harmonogramu rzeczowo-finansowego w zakresie uwagi:

„(zakładając teoretyczną datę podpisania Umowy 01-07-2022)”. Zamawiający prosi o jego wyjaśnienie, ponieważ zgodnie z pkt 1, 2, 11 i 18 oferty wykonawca oświadczył, iż: - zapoznał się z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz jej załącznikami, które zostały mu przekazane przez Zamawiającego do dnia złożenia niniejszej Oferty i stanowią ich integralną część. Treść tych dokumentów jest dla Wykonawcy czytelna i zrozumiała, nie budzi żadnych zastrzeżeń, czy wątpliwości; - Oferuje zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ i jej załącznikach, realizację całości Przedmiotu Zamówienia; - Akceptuje treść Projektu Umowy załączonej do SIWZ i w przypadku wyboru Oferty podpisze Umowę na warunkach określonych przez Zamawiającego; - Jest związany niniejszą Ofertą przez okres 90 dni, licząc od dnia upływu terminu składania Ofert. (tj. od 25.04.2022 r. do 23.07.2022 r.). Zatem Zamawiający ma prawo wyboru najkorzystniejszej oferty i do podpisania umowy z Wykonawcą do dnia ważności oferty, czyli do 23.07.2022 r. W związku z powyższym, Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie treści oferty w zakresie widniejącego zapisku. Na podstawie treści przedłożonego wraz z ofertą harmonogramu Zamawiający widzi daty zakończenia demontażów poszczególnych hydrozespołów i daty przekazania do eksploatacji poszczególnych hydrozespołów. Zamawiający na podstawie tych danych nie widzi daty rozpoczęcia demontażu, którą uznaje za datę początkową rozpoczynającą modernizację hydrozespołu, może jedynie założyć tą datę na podstawie założenia maksymalnego możliwego czasu modernizacji hydrozespołu jaką zadeklarowano w ofercie. Dodatkowo Zamawiający wymagał, aby podczas modernizacji pierwszego hydrozespołu nr 3 nie były prowadzone inne prace na pozostałych hydrozespołach, a przy kolejnych pracach modernizacyjnych na pozostałych hydrozespołach na późniejszym etapie, prace te mogą się nakładać w czasie wyłącznie dla dwóch hydrozespołów równocześnie.

Zamawiający prosi o wyjaśnienie w zakresie modernizacji hydrozespołów, ponieważ zgodnie z pkt. 9 oferty Wykonawca oświadczył, iż długość okresu realizacji *per* hydrozespół nie dłużej niż 13 miesięcy, a przy maksymalnych okresach (po 13 m-cy na hydrozespół) modernizacji okresy te dla hydrozespołu nr 4, 2 i 1 się nakładają, co wskazuje, że w tym samym czasie modernizowane będą trzy hydrozespoły. Zamawiający przywołał wyjaśnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – odpowiedzi na pytania nr 196 i nr 229. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie treści oferty i udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, od kiedy wykonawca zaplanował rozpoczęcie modernizacji każdego z hydrozespołów nr 4, 2 i 1 i czy prace modernizacyjne tych hydrozespołów nakładają się w jednym czasie, jeśli tak to należy wskazać, które hydrozespoły są wykonywane jednocześnie i w jakim okresie?

W odpowiedzi, pismem z 9 maja 2022 r., Przystępujący wyjaśnił, że potwierdza gotowość realizacji zamówienia zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, w tym w terminach w niej określonych. Zmieniając odpowiedź nr 145 termin realizacji umowy Zamawiający nie dokonał zmiany HRF w taki sposób, aby umożliwić wykonawcom wskazanie okresu realizacji poszczególnych Kamieni Milowych względem daty podpisania umowy. W rezultacie wykonawcy mieli możliwość wskazania w HRF jedynie dat kalendarzowych, a nie miesięcy względem daty podpisania umowy, co oznaczało konieczność przyjęcia hipotetycznej daty podpisania umowy jako punktu odniesienia dla wskazania w HRF terminu realizacji Kamieni Milowych oraz terminu zakończenia umowy. Z tej przyczyny Konsorcjum przyjęło datę 1 lipca 2022 r. i względem niej określono pozostałe terminy wskazane w HRF. Jednocześnie datę tę należy traktować pogładowo, bowiem stanowi jedynie punkt odniesienia dla ustalenia terminów realizacji poszczególnych Kamieni Milowych

i zakończenia realizacji zamówienia. Jeżeli do podpisania umowy dojdzie w innym terminie, wówczas daty wskazane w HRF ulegną odpowiedniej zmianie, jednak zawsze w taki sposób, że czas realizacji poszczególnych Kamieni Milowych, jak i ukończenia zamówienia (tj. w terminie 66 miesięcy od dnia podpisania Umowy) nie ulegnie zmianie. Odmienne wypełnienie HRF – np. poprzez wskazanie miesięcy od dnia podpisania umowy mogłoby budzić wątpliwości związane dopuszczalnością modyfikacji wzoru załączników do oferty. Dlatego Konsorcjum, w celu zapewnienia pełnej zgodności oferty z treścią SIWZ, jak i uniknięcia wyżej opisanych wątpliwości, zdecydowało się nie ingerować we wzór HRF i zawarty w nim wymóg wskazywania dat kalendarzowych, co wymusiło przyjęcie określonej daty kalendarzowej podpisania umowy jako punktu odniesienia dla pozostałych terminów wskazanych w HRF. Rozwiązanie takie należy uznać za w pełni dopuszczalne i zgodne z SIWZ. Ponadto Konsorcjum potwierdza termin związania złożoną ofertą przez okres 90 dni, licząc od dnia upływu terminu składania ofert.

Konsorcjum potwierdziło też, iż daty zawarte w HRF przedstawiają terminy zakończenia demontaży i przekazania do eksploatacji poszczególnych hydrozespołów. Data rozpoczęcia prac modernizacyjnych każdego z hydrozespołów nie jest bezpośrednio przedstawiona w HRF, bowiem Zamawiający nie przewidział odpowiednich rubryk w tym zakresie, co też oznaczało brak obowiązku wskazania tej daty. Jednocześnie Konsorcjum potwierdza spełnienie wymogu długości realizacji prac *per* hydrozespół nie dłużej niż 13 miesięcy, obejmującą demontaż obecnego HZ, montaż nowego HZ, sprawdzenia, próby, testy, uruchomienie, odbiór i przekazanie do eksploatacji. Konsorcjum potwierdza również spełnienie wymogu „aby HRU uwzględniał realizację prac modernizacyjnych na pierwszym hydrozespole bez konieczności odstawienia pozostałych hydrozespołów. Po odbiorze prac wykonanych na pierwszym hydrozespole, Zamawiający dopuszcza jednoczesną realizację prac na dwóch jednostkach.” W związku z powyższym, wyjaśniamy, że termin realizacji Hydrozespołu nr 1 będzie rozpoczynał się po oddaniu do eksploatacji Hydrozespołu nr 4 i

wynosił mniej niż 13 miesięcy. W celu uniknięcia wątpliwości, Konsorcjum podaje następujące terminy rozpoczęcia prac modernizacyjnych dla każdego z hydrozespołów: Hydrozespół nr 3 – 01-10-2024; Hydrozespół nr 4 – 01-11-2025; Hydrozespół nr 2 – 01-05-2026; Hydrozespół nr 1 – 01-12-2026. Konsorcjum wyjaśnia, iż prace modernizacyjne nakładają się w jednym czasie dla Hydrozespołów: Hydrozespół 4 i Hydrozespół 2 w terminach od 01-05-2026 do 30-11-2026; Hydrozespół 2 i Hydrozespół 1 w terminach od 01-12-2026 do 31-05-2027. Powyższe wyjaśnienia jednoznacznie pokazują, iż prace na pierwszym Hydrozespołe (nr 3) odbywają się bez konieczności odstawienia pozostałych oraz terminy modernizacji Hydrozespołu 4 i Hydrozespołu 1 nie nakładają się (nie są realizowane jednocześnie więcej niż dwa Hydrozespoły). Powyższe w pełni odpowiada wymaganiom w zakresie terminów realizacji prac modernizacyjnych w zakresie hydrozespołów, jak również koresponduje ze wskazanymi w HRF datami realizacji poszczególnych Kamieni Milowych.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania Izba stwierdziła, co następuje.

W stosunku do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Przystępującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo iż z tej oferty wynika, że Przystępujący pominął wykonanie części przedmiotu zamówienia, która może być wykonana wyłącznie w okresie pomiędzy 1 maja 2024 a 30 września 2024 roku i alternatywnie – zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Przystępującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo iż z oferty tej oraz złożonych wyjaśnień wynika, że wykonawca ten planuje wykonywać przedmiot zamówienia – Hydrozespół nr 3 – w terminie dłuższym niż 13 miesięcy, co jest niezgodne z punktem 16.3. lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego stanowiące przedmiot zarzutów nie znajdują odzwierciedlenia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym wyjaśnieniach jej treści), a z oferty Przystępującego i złożonych Zamawiającemu wyjaśnień jej treści nie wynika, że Przystępujący pominął wykonanie części przedmiotu zamówienia, jak też, że Przystępujący planuje wykonywać przedmiot zamówienia – Hydrozespół nr 3 – w terminie dłuższym niż 13 miesięcy. Powyższe dokumenty celowo zostały zacytowane bardzo szeroko

w ramach opisu ustalonego przez Izbę stanu faktycznego sprawy i same w sobie stanowią dowód na poparcie powyższej konkluzji – w ramach zarzutu nr 1 wskazują bowiem, jak prezentował się harmonogram rzeczowo-finansowy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ofercie Przystępującego, w ramach zarzutu nr 2 obrazują natomiast brak

postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na których można by oprzeć wnioski przeciwne.

W zakresie niniejszych zarzutów Izba podziela także w całości stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, prezentowane w pismach procesowych oraz podczas rozprawy – zostały ona przywołane w punktach II i III niniejszego uzasadnienia, zatem nie będą powtarzane.

W zakresie zarzutu nr 1 Izba nie widzi także podstaw do stwierdzenia, że harmonogram rzeczowo-finansowy wskazuje na brak ujęcia w ofercie wskazanych elementów przedmiotu zamówienia. Jak wskazano w zawartym powyżej opisie stanu faktycznego, wzór formularza HRF został przygotowany przez Zamawiającego jako załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawierał tabelę odnoszącą się do wymienionych w kolumnie „Opis Kamienia Milowego” pozycji, w której wykonawcy mieli wpisać jedynie daty oraz kwoty stanowiące odpowiednik wartości procentowej wynagrodzenia umownego. Wykonawcy nie byli zobowiązani do uzupełniania pozycji tabeli w inny sposób – ani w żadnym wypadku tego od nich nie oczekiwano – wręcz przeciwnie, Zamawiający w wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zacytowanych powyżej) wskazał wyraźnie, że przygotowany przez niego wzór jest wiążący i ostateczny.

W instrukcji wypełnienia HRF Zamawiający wskazał: „Wykonawca przygotowuje HRF wg poniższej tabeli, uzupełniając datę zakończenia Kamienia Milowego (kolumna 2) oraz wartość Kamienia Milowego netto (kolumna 3). HRF (...) musi bezwzględnie zawierać wpisane przez Zamawiającego niżej Kamienie Milowe. HRF musi pokazywać Kamienie Milowe netto w PLN sumarycznie na 100% (sto procent) Wynagrodzenia umownego netto.” Przystępujący wypełnił ów wzór harmonogramu rzeczowo-finansowego w taki sposób, w jaki został on przygotowany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem trudno czynić mu z tego zarzut niezgodności z tą specyfikacją, a już w szczególności skutkujący odrzuceniem oferty.

Co prawda w owej instrukcji Zamawiający wskazał także, że HRF powinien uwzględniać odstawienie ESP Porąbka-Żar w terminie 1 maja do 30 września 2024 r. i wymaga, aby HRF uwzględniał wykonanie kompletnego odwodnienia układu przepływowego w okresie planowanego odstawienia ESP Porąbka-Żar, co powtórzył w odpowiedzi na pytanie nr 19. Jednak – w zestawieniu z pozostałymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w ocenie Izby chodziło tu o ujęcie tego zakresu prac w kosztach i czasookresie *implicite*, a nie tworzenie dodatkowych pozycji tabeli. Przeczyłoby to bowiem pozostałym postanowieniom specyfikacji w tym zakresie, jak też wskazaniu w tej samej instrukcji, że HRF musi pokazywać Kamienie Milowe na 100% wynagrodzenia umownego netto – tymczasem Zamawiający już w podanych przez siebie pozycjach (% w kolumnie „Wartość Kamienia Milowego netto odniesiona do wartości Wynagrodzenia z Umowy”) rozpisał 100% wynagrodzenia wykonawcy.

Gdyby zaś kwestię tę rozważać *a contrario* – tj. gdyby rzeczywiście wykonawca miał wskazać w HRF dodatkowe informacje, to, w ocenie Izby, taki wymóg powinien wyraźnie zostać przez Zamawiającego wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podobnie, w ocenie Izby, przedstawia się kwestia wliczenia modernizacji klap na rurach ssących w okres 13 miesięcy „czasu realizacji modernizacji przeznaczonego dla każdego z hydrozespołów”. Jak wskazał Zamawiający – takie wymaganie nie wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ nie było to jego zamiarem. Jednakże nawet gdyby Zamawiający taki zamiar powziął na etapie sporządzania specyfikacji, to wymóg sumowania obu okresów lub ich części powinien zostać wyraźnie wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawcy po złożeniu ofert nie mogą być zaskakiwani interpretacją, która z samej treści specyfikacji nie wynika.

Jak przyznał Zamawiający podczas rozprawy, nie przeczy, że z technicznego punktu widzenia klapy rur ssących są elementami hydrozespołów. Podobnie nie negował tego Przystępujący. Tym samym Izba uznaje kwestię tę za niesporną. (Na marginesie – powyższe również wskazuje, że modernizację klap na rurach ssących można uznać za część prac określonych w HRF jako „przekazanie do Eksploatacji Hydrozespołu”, zatem twierdzenie o nieobjęciu tego zakresu ofertą ze względu na brak wskazania w HRF byłoby nieuprawnione. Przy czym mowa tu o zakresie prac, a nie okresie ich realizacji.)

Jednak, jak wskazywał Zamawiający, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie odnosiły się do tego zagadnienia, lecz kwestii zaplanowania przebiegu prac. Również Izba stwierdziła, że wskazane przez Zamawiającego okresy 1 maja – 30 września 2024 r. na modernizację klap na rurach ssących oraz 13 miesięcy na poszczególne hydrozespoły są nie tyle kwestiami technicznymi, co organizacyjnymi, wynikającymi z konieczności zapewnienia funkcjonowania obiektu oraz konieczności synchronizacji wszystkich planowanych w tym okresie zadań (będących również przedmiotem innych postępowań o udzielenie zamówienia). Tym samym wykonawcy zobowiązani byli wypełnić owe organizacyjne wymogi Zamawiającego niezależnie od klasyfikacji technicznej owych prac.

Również w tym zakresie Izba uznała argumentację Zamawiającego i Przystępującego za przekonującą i prawidłową – została ona przywołana w punktach II i III powyżej, zatem nie będzie powtarzana. Przede wszystkim zaś Izba stwierdziła, jak zaznaczyła na wstępie, że w jej ocenie tak istotna kwestia jak sumowanie owych terminów – często oddalonych od siebie o lata, ponieważ całe zagadnienie dotyczy wszystkich hydrozespołów, a nie jedynie hydrozespołu nr 3 – powinna w jasny sposób wynikać z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub chociaż wyjaśnień tej treści lub narzucać się niejako naturalnie jako logiczny ciąg prac. Tymczasem dokonana przez Izbę analiza dokumentów składających

się na specyfikację, jak i przywołanych odpowiedzi na pytania wykonawców, wskazuje, że nie tylko nie ma takich bezpośrednich wskazań, ale nawet pośrednio trudno wyinterpretować taki wniosek, jak przedstawiony w odwołaniu – także w przypadku dokonywania ich analizy już pod kątem tego konkretnego wymogu (a aż tak głębokiej analizy nie dokonują wykonawcy czytając i analizując specyfikację istotnych warunków zamówienia przed złożeniem oferty).

Poza tym Odwołujący swoją argumentację oparł jedynie na technicznym pojęciu hydrozespołu, które samo w sobie może być prawidłowe, ale nie ujmuje uwarunkowań organizacyjnych wynikających ze specyfikacji, a także implikacji logicznych z nich wynikających – skoro bowiem Zamawiający wskazał konkretny okres, w którym ma być wykonana modernizacja klap na rurach ssących i jest to okres 5-miesięczny, znacznie dłuższy niż konieczny do wykonania tego zakresu prac (jak wskazał Odwołujący, okres wykonywania prac dotyczący jednej klapy to 2-3 tygodnie), to jaki jest powód, by za ten okres przyznawać dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert, skoro celem tego kryterium jest skrócenie okresu prac przy hydrozespolu. Należy zaś podkreślić przede wszystkim, że okres 13 miesięcy – i krótszy – został ustalony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako kryterium oceny ofert mające zachęcić wykonawców do jak najszybszego wykonania prac na poszczególnych hydrozespołach (rozdział 16., punkt 16.3). Po drugie, prace dotyczące modernizacji klap na rurach ssących oraz większości hydrozespołów będą od siebie oddalone w czasie; modernizacja klap na rurach ssących nie będzie też dotyczyła odstawienia samych hydrozespołów jako takich (a całego ESP). Tym samym, jak wskazano, połączenie obu okresów bez wyraźnego polecenia zamieszczonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie byłoby naturalnym ani racjonalnym działaniem wykonawcy.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia Przystępującego z 9 maja 2022 r., a wskazane przez Odwołującego w ramach zarzutów nr 1 i 2 podstawy odrzucenia oferty nie nastąpiły, zaś ofertę Przystępującego w zakresie stanowiącym przedmiot sporu w ramach obu zarzutów należy uznać za poprawną.

W stosunku do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Przystępującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo iż z oferty oraz złożonych wyjaśnień wynika, że wykonawca ten uzależnia dochowanie terminów wskazanych w HRF od ziszczenia się warunku oraz w przypadku nieziszczenia się warunku planuje dokonać modyfikacji treści oferty – terminów realizacji zamówienia – po terminie składania ofert, w szczególności w zakresie kamieni milowych, co nie zostało

dopuszczone przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia w ramach ustalenia stanu faktycznego, Zamawiający, wśród załączników do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przygotował także załącznik nr 6 stanowiący wzór harmonogramu rzeczowo-finansowego zawierając w nim tabelę oraz instrukcję jej wypełnienia. Tabela zawierała kolumny: „Lp.”, „Opis Kamienia Milowego”, „Data zakończenia Kamienia Milowego”, „Wartość Kamienia Milowego netto odniesiona do wartości Wynagrodzenia z Umowy”. W kolumnie „Data zakończenia Kamienia Milowego” wykonawcy mieli wpisać daty według formatu „dd-mm-rrrr”. W złożonej ofercie Przystępujący w nagłówku kolumny „Data zakończenia Kamienia Milowego” dopisał uwagę: „Data zakończenia Kamienia Milowego (zakładając teoretyczną datę podpisania Umowy 01-07-2022)”.

Kwestia ta została przez Zamawiającego wyjaśniona wezwaniem z 29 kwietnia 2022 r., a Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia Przystępującego z 9 maja 2022 r. – analogiczne do wyjaśnień udzielonych podczas rozprawy.

W ocenie Izby powyższa dopisana uwaga nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak też Odwołujący takiej niezgodności z konkretnym postanowieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wykazał. Owszem, Odwołujący przywołał postanowienia punktu 9.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedź na pytanie nr 101, lecz powyższe regulacje nie dotyczą kwestii podnoszonej w odwołaniu. Punkt 9.2 bowiem mówi o tym, że wstępny harmonogram rzeczowo-finansowy ma zostać zaproponowany w ofercie, ma określać Kamienie Milowe oraz uwzględniać wytyczne przekazanych przez Zamawiającego w załączniku nr 6. Postanowienie to podkreśla, że jest to harmonogram wstępny, a jego ostateczny kształt zostanie zaktualizowany i uzgodniony z Zamawiającym przed podpisaniem umowy. Tym samym powyższe postanowienie wskazuje, że Zamawiający jak najbardziej przewidział możliwość zmiany HRF co do poszczególnych dat w nim wskazanych – nie tylko nazywając HRF zawarty w ofercie wstępnym, ale też mówiąc o jego aktualizacji przed zawarciem umowy – niewątpliwie w związku z nieznaną datą jej zawarcia.

Jeśli zaś chodzi o pytanie i odpowiedź nr 101, to obie dotyczą modyfikacji procentowej wartości wynagrodzenia wskazanego w kolumnie „Wartość Kamienia Milowego netto odniesiona do wartości Wynagrodzenia z Umowy”, nie zaś samego technicznego sposobu wypełnienia harmonogramu. Zamawiający wskazał jedynie, że oczekuje od wykonawców uzupełnienia HRF w zakresie podania terminu realizacji Kamienia Milowego oraz jego wartości (wysokość kwoty, którą Zamawiający zapłaci wykonawcy za zrealizowaną pracę).

Powyższa instrukcja została przez Przystępującego wypełniona. Nie jest sporne, że wykonawcy mieli wypełnić tabelę zgodnie ze wzorem – i tak też zrobił Przystępujący. Natomiast uwaga, którą dodał Przystępujący, nie jest niezgodnością wypełnienia wzoru HRF – przeciwnie, wręcz naturalne i konieczne jest, aby, w przypadku wykonywania robót, które trwają przez określony czas, termin podany w postaci daty dziennej do czegoś odnieść, w tym do chwili rozpoczęcia realizacji umowy lub danego jej etapu. Biorąc zaś pod uwagę, że chwila ta mogła być co najwyżej przedmiotem założeń zarówno wykonawców, jak i Zamawiającego, Przystępujący odniósł się do prognozowanej przez siebie daty rozpoczęcia prac i uwaga ta miała charakter informacyjny i porządkujący. Słusznie wskazali i Zamawiający,

i Przystępujący, że nawet gdyby Przystępujący tej uwagi nie zawarł, to owo założenie i tak by istniało, a jedynie „ukryte”. I oczywiste jest, że gdyby umowa została zawarta w terminie znacznie późniejszym, powyższe wskazania terminów (dat) stałyby się nieaktualne również bez uwagi Przystępującego i niezależnie nawet od jego woli.

Należy też zauważyć na marginesie, że gdyby Zamawiający przygotował HRF nie w postaci tabeli, ale osi czasu, to najprawdopodobniej, standardowo, znalazłaby się tam pozycja odnosząca się do chwili zawarcia umowy lub rozpoczęcia realizacji zadania – odpowiednik przedmiotowej uwagi Przystępującego.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia Przystępującego z 9 maja 2022 r., a oferta Przystępującego w zakresie stanowiącym przedmiot sporu w ramach niniejszego zarzutu jest poprawna.

W stosunku do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu, pomimo iż z jej treści wynika, że zawiera błąd w obliczaniu ceny, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. W zasadzie – jak słusznie wskazali Zamawiający i Przystępujący – nie został nawet prawidłowo sformułowany.

W ramach tego zarzutu Odwołujący wskazał jedynie, że jego zdaniem Przystępujący pominął część prac, które zobowiązany był wykonać w ramach przedmiotu zamówienia, zatem również cenę można uznać za błędną z powodu braku wyceny tych prac, o czym – być może – świadczy także fakt różnicy w cenach ofert wszystkich trzech wykonawców.

Powyższe można uznać co najwyżej za luźną myśl Odwołującego zawartą w odwołaniu, nie zaś zarzut odnoszący się do konkretnego stanu faktycznego, w ramach którego wymagana byłaby konkretna argumentacja poparta wyliczeniami oraz dowodami potwierdzającymi twierdzenia. Przede wszystkim zamierzająca do wykazania, że oferta ta rzeczywiście nie obejmuje pewnych elementów, a elementy te mają znaczenie kosztotwórcze.

Postępowanie odwoławcze oparte jest bowiem na tych samych podstawach, co inne postępowania o charakterze kontradyktoryjnym i – zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego – ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Regulacje w tej materii zostały zawarte m.in. w art. 534 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r., który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Oczywiście jest, że same fakty również zobowiązane są wskazywać. Natomiast w niniejszej sprawie brak jest nawet wskazania faktów.

Za taki fakt – ani tym bardziej dowód – nie można bowiem uznać samej różnicy w cenach ofert. Różnica w cenach ofert jest cechą naturalną istnienia konkurujących ze sobą przedsiębiorców. Co więcej, gdyby różnicę w cenach uznać za dowód braku prawidłowej wyceny, a ofertę najdroższą za jedynie miarodajną, oznaczałoby to także, że również oferta Odwołującego została niedoszacowana o 150.000.000 złotych, gdyż różnica pomiędzy ofertą drugą a trzecią jest prawie taka sama jak pomiędzy ofertą pierwszą a drugą.

Tym samym Izba uznała, że niniejszy zarzut nie może zostać uwzględniony.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 20.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane

z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący; a Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Izba uwzględniła zatem należny wpis w wysokości 20.000 złotych oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący:

.....

.....

