

WYROK

z dnia 8 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 maja 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych 23 kwietnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

- A. Foster Wheeler Energia Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-828 Warszawa, al. Jana Pawła II 15 – sygn. akt KIO 812/12**
- B. Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11 – sygn. akt KIO 822/12**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., 97-400 Bełchatów, ul. 1-go maja 63**

przy udziale: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Nalco Mobotec Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 43-110 Tychy, ul. Przemysłowa 55, Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „REMAK-ROZRUCH” Spółka Akcyjna, 45-324 Opole, ul. Łowicka 1 – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 812/12 i KIO 822/12**

orzeka:

- 1. Oddala odwołania.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołujących: Foster Wheeler Energia Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących: Foster Wheeler Energia Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Siemens**

sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – tytułem wpisów od odwołań,

- 2.2** zasądza od **odwołujących: Foster Wheeler Energia Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie** kwotę **7200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika, w tym kwotę **3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** od odwołującego **Foster Wheeler Energia Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz kwotę **3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** od odwołującego **Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie (w chwili wszczęcia postępowania PGE Elektrownia Opole S.A. z siedzibą w Bełchatowie) – prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na usługi pn. *Redukcja emisji NOx poniżej 20 mg/Nm³ na blokach nr 1, 2 i 4 metodami niekatalitycznymi w PGE Elektrowni Opole SA* (oznaczenie sprawy: 1714/11).

Ogłoszenie o zamówieniu (sektorowym) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 8 lipca 2011 r. pod nr 2011/S_129-214737, z tym, że 5 lipca 2011 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy informacyjnej w portierni głównej oraz na swojej stronie internetowej (www.elopole.pgegiel.pl).

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

13 kwietnia 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał faksem dwóm wykonawcom, spośród tych, którzy złożyli oferty wstępne, to jest Foster Wheeler Energia Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – odrębne zawiadomienia o odrzuceniu ich ofert.

23 kwietnia 2012 r. (pismem z 20 kwietnia 2012 r.) Odwołujący: Foster Wheeler Energia Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia oferty wstępnej przez Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 – przez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty wstępnej Odwołującego na tej podstawie, że w ocenie Zamawiającego jej treść była niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”), mimo iż rzetelna analiza treści tej oferty wskazuje na brak zaistnienia tej przesłanki.
2. Art. 7 – przez dokonanie oceny ofert wstępnych z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia oceny ofert wstępnych złożonych w postępowaniu oraz unieważnienia odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego.
2. Powtórzenia czynności oceny zgodności oferty wstępnej Odwołującego z s.i.w.z. i uznania, że oferta wstępna Odwołującego kwalifikuje się do dalszego etapu postępowania.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania usystematyzowanych zgodnie z otrzymanym zawiadomieniem o odrzuceniu oferty wstępnej.

1. Brak podpisanego Załącznika nr 8 do Kontraktu.

Odwołujący przywołał treść pkt 13.2.3. Instrukcji dla Wykonawców (dalej zwanej w skrócie „IDW”, stanowiącej część A SIWZ) pt. *Uwagi do Kontraktu w Ofercie Wstępnej w przedmiotowym zamówieniu: Wykonawca w Ofercie Wstępnej zamieści swoje uwagi, sugestie i propozycje odnośnie doprecyzowań i uzupełnień w zakresie opisu Przedmiotu Kontraktu, jak również w zakresie zmian warunków Kontraktu (tj. odnośnie Części B SIWZ — Kontrakt wraz z Załącznikami do Kontraktu (...)).* A dalej, że *Wykonawca wniesie propozycje zmian w Kontrakcie i w Załącznikach do Kontraktu stosując tryb śledzenia zmian (red mark).*

Odwołujący mając na uwadze powyższe sformułowanie domniemywał, że zarówno kontrakt jak i załączniki stanowiące jego integralną część, jeśli zawierają jakiegokolwiek zmiany lub uzupełnienia w trybie *red mark*, nie mogą zawierać podpisu, ponieważ pozostają przedmiotem dalszych negocjacji między stronami w celu doprecyzowania lub uzupełnienia ich treści. Wymaganie podpisania załącznika nr 8, który zawierał propozycję zmian lub uzupełnień ze strony Odwołującego, pozostaje w sprzeczności z wytycznymi IDW w zakresie zamieszczania uwag do kontraktu lub załączników. Nieścisłość w treści IDW, a także dowolna interpretacja jej tekstu nie może jednak wywoływać negatywnych skutków dla Odwołującego. Pogląd taki został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 14 września 2009 r., zgodnie z którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia stanowi dla wykonawców instrukcję, w jakim zakresie i w jaki sposób złożyć ofertę, a zadaniem zamawiającego jest jej przygotowanie w taki sposób, by otrzymać w niej wymagane informacje (przy tym istotne jest to, co wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie same ewentualne zamierzenia zamawiającego), a swoimi niedociągnięciami nie może on obciążać wykonawców (vide: sygn. akt KIO/UZP 1086/09, opubl. Lex Polonica Nr 20102840).

2. Brak tłumaczeń na język polski.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący w ofercie wstępnej nie zamieścił tłumaczeń na język polski opisów rysunków zamieszczonych na stronach 289, 297, 301, 306 i 320.

Zdaniem Odwołującego stwierdzenie Zamawiającego jest bezzasadne, gdyż pozostawione opisy w języku angielskim dotyczą podstawowych terminów używanych powszechnie w branży energetycznej, a słownictwo wykorzystane w tych opisach jest uproszczone, typowe i zrozumiałe dla inżynierów z tej branży (np. *coal, air, corrosion, gas flow, temperature, metering and mixing modules* itp.). Ponadto zamieszczone w poszczególnych rozdziałach opisy w języku polskim odnoszą się do rysunków i objaśniają znaczenie wyrażen angielskich. Ponadto nawet brak tych opisów nie wpływa w żaden sposób na treść oferty.

Odwołujący przywołał jako dowody w tym zakresie opisy rysunków ze stron 289, 297, 301, 306 i 320 oferty wstępnej wraz z objaśnieniami.

3. Brak schematu P&ID dla układu powietrza wtórnego.

Odwołujący zamieścił rys. 13 oraz 14 pn. *Oferowane modyfikacje w istniejących skrzyniach palnikowych oraz portów SOFA*. Rysunki te w sposób jednoznaczny przedstawiają ideę i logikę oferowanych zmian w układzie powietrza wtórnego, łączą cechy rysunków gabarytowych oraz schematów P&ID (zaznaczono istniejące oraz nowe organy regulacyjne, elementy mechaniczne). Proponowane zmiany obejmują zabudowę dodatkowych klap regulacyjnych powietrza wtórnego wewnątrz istniejących skrzyń palnikowych, a jedynymi nowymi odcinkami kanałów powietrza wtórnego są nowe kanały do nowych portów SOFA, co przedstawiono na rys. 4 i 5. Na podstawie dostarczonej informacji Zamawiający mógł w pełni dokonać oceny oferowanego rozwiązania.

Odwołujący przywołał jako dowody w tym zakresie rysunki 13 i 14 oraz rysunki 4 i 5.

4. Brak rysunków gabarytowych.

Według Zamawiającego brakuje rysunków uwiarygodniających możliwość zabudowy lanc wtryskowych na ścianach kotłów oraz rysunków gabarytowych szaf pomiarowo-mieszających wkomponowanych w istniejące obiekty.

Odwołujący wskazał, że gabaryty szaf pomiarowo mieszających (wymiary w x h x d, 3000 x 2000 x 500 mm) zostały określone w rozdziale 3.2.2 oferty wstępnej, a ich proponowaną lokalizację w obrębie komory paleniskowej (na poziomie +30m) opisano w rozdziale 6. Nadto podczas wizji lokalnej 1 marca 2012 Odwołujący w obecności przedstawiciela Zamawiającego ocenił z wynikiem pozytywnym możliwość zabudowy zarówno dodatkowych szaf oraz miejsc dla lanc wtrysku reagent.

Proponowane rozmieszczenie lanc oraz ich liczba ma charakter wstępny, podobnie jak etap postępowania ofertowego. Liczba oraz lokalizacja miejsc wtrysku reagenta uzależniona jest od poziomów parametrów gwarantowanych, a szczególności stężenia amoniaku w spalinach i popiele, emisji CO. Odwołujący zaproponował zmianę wymaganych

poziomów parametrów gwarantowanych oraz zamierzał doprecyzować lokalizację oraz ilość oferowanych miejsc wtrysku na etapie oferty z ceną.

Odwołujący przywołał jako dowody w tym zakresie rozdział 3.2.2. i rozdział 6 oferty wstępnej.

5. Brak opisu typowych prac serwisowych.

Kolejnym zarzutem ze strony Zamawiającego był rzekomy brak opisu typowych prac serwisowych.

Odwołujący powołał się na to, że w rozdziale 8 oferty wstępnej *Uruchomienie, normalna praca i obsługa instalacji bloku* sprecyzował, że normalna praca oraz obsługa oferowanej instalacji będzie maksymalnie zbliżona do obsługi istniejącego systemu paleniskowego modernizowanych kotłów.

Odwołujący przywołał jako dowód w tym zakresie rozdział 8 oferty wstępnej.

6. Brak opisu stanów awaryjnych.

W ocenie Odwołującego reagowanie obsługi na stany awaryjne będzie takie samo jak w układzie istniejącym, co dokładnie precyzuje opis tych prac zawarty w rozdziale 8 oferty. Ze względu na minimalizację koniecznych zamian w istniejącym układzie paleniskowym, obsługa oraz serwisowanie nowych elementów systemu np. dodatkowych klap powietrza, nowych dysz powietrza, pomp reagenta – jest podobna do serwisowania istniejących urządzeń oraz tych, które są zainstalowane w Bloku nr 3.

Zdaniem Odwołującego na podstawie przedstawionego zakresu dostaw, rysunków, parametrów urządzeń oraz oferowanych zmian w istniejącym układzie paleniskowym kotłów Zamawiający był w stanie ocenić zakres typowych prac serwisowych dla oferowanych Instalacji Bloku, np. w postaci oceny wizualnej stanu dysz powietrza, stanu klap regulacyjnych, stanu uszczelnień pomp, stanu drożności filtrów i dysz wtryskowych oraz konieczność ich wymiany w razie stwierdzenia usterki któregoś z elementów systemu. Są to typowe prace obsługowo-serwisowe występujące na każdej elektrowni. Odwołujący zamieścił również wykaz części zamiennych strategicznych i szybko zużywających się na okres gwarancji.

Odwołujący przywołał jako dowód w tym zakresie rozdział 8 oferty wstępnej.

7. Brak kompletu wymaganych informacji zgodnie z pkt 13 Załącznika nr 3 do Części A SIWZ

Stwierdzenie Zamawiającego o braku podania mocy napędów elektrycznych jest niezgodne z prawdą.

Odwołujący podał w rozdziale 11 oferty wstępnej pn. *Zużycie mediów dla instalacji Bloków 1, 2 i 4* zgodnie z wymaganiem Zamawiającego zużycie energii elektrycznej 0,4kV dla urządzeń stacji rozładunku i magazynowania mocznika na poziomie 75 kW. Z kolei typ

oferowanych pomp oraz parametry ruchowe zamieszczono w rozdziale 3.2.1. Odwołujący W oświadczył również, że *poza siłownikami z napędem elektrycznym i AKPiA nie występują dodatkowe urządzenia w zakresie dostawy Wykonawcy.*

Dysponując powyższymi informacjami i podstawową wiedzę inżynierską Zamawiający był w stanie wskazać źródła zasilania dla oferowanej Instalacji Bloku.

Odwołujący przywołał jako dowody w tym zakresie rozdział 3.2.1 i rozdział 11 oferty wstępnej.

Odwołujący podsumował, że żadna z powyższych okoliczności wypunktowanych przez Zamawiającego nie stanowi przesłanki skutkującej odrzuceniem oferty jako niegodnej z s.i.w.z. Według poglądu utrwalonego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy zaistnienie materialnych przesłanek odrzucenia jest niewątpliwe. W przeciwnym razie czynność odrzucenia ofert dokonana przez zamawiającego narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (tak uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 19 marca 2010 r., sygn. akt KIO/KD 17/10, opubl. Lex Polonica, 2218508). Jeśli Zamawiający w toku postępowania powziął wątpliwości, co do prawdziwości lub zgodności z przepisami ujętych w ofercie danych winien je wyjaśnić w trybie przewidzianym w przepisach ustawy pzp.

23 kwietnia 2012 r. (pismem z tej daty 2012 r.) Odwołujący: Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od następujących czynności Zamawiającego: odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego, zaniechania poinformowania o wynikach oceny ofert wstępnych złożonych przez innych wykonawców oraz odmowy udostępnienia dokumentacji postępowania w zakresie tych ofert wstępnych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przez te czynności następujących przepisów ustawy pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2, art. 87 ust. 1 i 2 oraz art. 96 ust. 3.

W związku z podniesionymi w odwołaniu zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty wstępnej Odwołującego.
2. Umożliwienia Odwołującemu wglądu do ofert wstępnych złożonych przez innych wykonawców.
3. Dokonania ponownej oceny ofert wstępnych, ewentualnie – wyjaśnienie treści oferty wstępnej Odwołującego.

4. Zaprośzenia Odwołującego do złożenia oferty ostatecznej.

Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez niepoinformowanie Odwołującego o ocenie ofert wstępnych pozostałych wykonawców. Zamawiający do dnia dzisiejszego nie poinformował Odwołującego o ocenie pozostałych ofert wstępnych. Wniosek o udostępnienie do wglądu ofert wstępnych innych wykonawców został przez Zamawiającego pismem z 19 kwietnia 2012 rozpatrzony odmownie. Po ocenie ofert wstępnych Zamawiający miał możliwość zaproszenia do negocjacji innych wykonawców, których oferty w ocenie Zamawiającego są zgodne z treścią s.i.w.z., jednak Zamawiający zaniechał tej czynności, a w konsekwencji odmówił Odwołującemu prawa do zapoznania się z ofertami wstępnymi pozostałych wykonawców. Powyższe czynności i zaniechania Zamawiającego są niezgodne z art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 96 ust. 3 pzp.

Dalsze zarzuty Odwołujący sprecyzował przez wskazanie okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania usystematyzowanych zgodnie z otrzymanym zawiadomieniem o odrzuceniu oferty wstępnej.

1. Brak harmonogramu realizacji dla instalacji Bloku nr 1 i Bloku nr 2.

Odwołujący wskazał, że przedstawił jeden harmonogram realizacji prac, który obejmuje pełny zakres prac, identyczny dla każdego z bloków, tj. Bloku nr 1, 2 i 4. Wbrew stanowisku Zamawiającego nie sposób przyjąć, że złożony przez Odwołującego harmonogram prac nie dotyczy również Bloku nr 1 i Bloku nr 2.

2. Brak schematu P&ID dla układu powietrza wtórnego.

W przedstawionym opisie technicznym w pkt 3.2 na str. 358 oferty wstępnej zapisano, iż modernizacji układu powietrza wtórnego poddane zostaną tylko dysze. Jediną wartością, która podlega zmianie są przepływy powietrza wtórnego, stąd brak załączonego schematu P&ID, który z założenia nie ulega zmianie.

3. Brak wyników bilansów obliczeń (wartości liczbowych).

Odwołujący przedstawił w ofercie wstępnej na stronach 334 oraz 345 dane dotyczące sprawności najważniejszego elementu układu, jakim są palniki niskoemisyjne, co jego zdaniem spełnia wymagania Zamawiającego i pozwala na wykonanie obliczeń bilansu. Dane zamieszczone w ofercie wstępnej Odwołującego są wystarczające by dokonać obliczenia wymagane przez Zamawiającego

4. Brak rysunków gabarytowych Instalacji Bloku.

Sformułowania użyte przez Zamawiającego w pkt 4 zawiadomienia są niezrozumiałe

pod kątem wymagań Zamawiającego. Odwołujący w treści oferty przedstawił gabaryty dostarczonych urządzeń, co spełnia wymagania Zamawiającego rozumiane jako poznanie wymiarów elementów dostarczanych przez Odwołującego. Przedstawione w ofercie informacje dokumentują sposób i możliwości zabudowy w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego.

5. Brak rysunków gabarytowych i instalacyjnych układu magazynowania mocznika.

Odwołujący w ofercie przedstawił gabaryty dostarczanego zbiornika mocznika, a jego lokalizacja jest zdeterminowana przez obowiązujące przepisy i, według Odwołującego, powinna być efektem szczegółowych konsultacji z udziałem Zamawiającego.

6. Brak opisu uruchamiania, normalnej pracy i obsługi instalacji.

Zaproponowana przez Odwołującego instalacja pozostaje bez wpływu na pracę kotła. Zawiadomienia o odrzuceniu oferty wstępnej z dnia 13.04.2012.

Odwołujący wskazuje, że zaproponowana przez Odwołującego instalacja pozostaje bez wpływu na pracę kotła.

7. Brak zakresu dostawy urządzeń i materiałów.

Odwołujący w części opisowej oferty przedstawił dane wymagane przez Zamawiającego (str. 354 i nast.), które jego zdaniem wyczerpują wymagany przez Zamawiającego zakres informacji.

8. Brak wymaganych informacji zgodnie z pkt 13 Załącznika nr 3 do Części A SIWZ.

Odwołujący przedstawił w ofercie przedstawił zakres dostaw i opis techniczny dotyczący pracy instalacji oraz poszczególnych urządzeń układu (str. 354 i nast.). Zdaniem Odwołującego jego oferta spełnia wymagania Zamawiającego dotyczące informacji na temat zastosowanych urządzeń.

9. Brak opisu typowych prac serwisowych.

Instalacja oferowana przez Odwołującego nie wymaga prowadzenia istotnych prac serwisowych w okresie pierwszych 5 lat eksploatacji, wobec czego nie zamieszczono zestawienia prac serwisowych.

10. Brak opisów stanów awaryjnych.

Ponieważ system sterowania układu dostarczanego przez Odwołującego będzie częścią systemu sterowania DCS należącego do Zamawiającego – Odwołujący nie przewidział oddzielnych procedur. Procedury dotyczące instalacji dostarczanej przez Odwołującego powinny być zgodne z obowiązującymi u Zamawiającego przepisami i regulacjami.

11. Brak zużycia mediów dla instalacji Bloków nr 1,2,3.

Odwołujący nie przedstawił zużycia mediów powołując się na następującą instrukcję

Zamawiającego: Wykonawca w Ofercie z ceną, składanej po etapie negocjacji podaje gwarantowane zużycia mediów w Załączniku nr 2. 7 do Kontraktu Część B SIWZ, które posłużą do wyliczenia kosztów eksploatacji w ramach Kryterium nr 2 w punkcie 21.1. Części A SIWZ (Załącznik nr 2 do Części A SIWZ METODYKA WYLICZANIA KOSZTÓW EKSPLOATACJI). Wobec takich wytycznych Odwołujący przewidział podanie gwarantowanego zużycia mediów na etapie negocjacji technicznych.

12. Brak tłumaczeń na język polski.

Odwołujący dokonał tłumaczenia całej treści oferty wstępnej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego z pominięciem 2 schematów ideowych tak, aby ułatwić Zamawiającemu zrozumienie zawartej tam treści.

4 maja 2012 r. (pismami z tej daty) do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odpowiedzi na oba odwołania, w której Zamawiający wniósł o ich oddalenie.

Zamawiający wskazał na wstępie, że wybrał tryb negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust.1 pkt 3 pzp ze względu na brak możliwości szczegółowego opisanie przedmiotu zamówienia z uwagi na różne możliwe do zastosowania technologie oferowane przez poszczególnych wykonawców. Przedmiotem zamówienia jest modernizacja trzech kotłów w celu redukcji NOx przy wykorzystaniu niekatalitycznych metod redukcji NOx (połączenia metod pierwotnych i wtórnych niekatalitycznych), nie wskazując konkretnych szczegółowych rozwiązań technologicznych. Pierwotne metody emisji NOx polegają na zmianie procesu spalania. Oferowane w tym zakresie przez wykonawców rozwiązania są chronione prawami autorskimi i projektowane są indywidualnie dla poszczególnych obiektów. Realizacja przedmiotu zamówienia ma zapewnić spełnienie wymagań odnośnie emisji NOx zgodnie z dyrektywami UE. W załączniku nr 3 do części A SIWZ Zamawiający podał wymagania dotyczące układu i zakresu opisu technicznego instalacji. Wymagania te zostały szczegółowo opisane w 17 punktach. Na etapie oferty wstępnej Zamawiający oczekiwał propozycji rozwiązań w stopniu pozwalającym na zapoznanie się z proponowaną technologią i prowadzenie negocjacji w celu doprecyzowania i uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy, tak by realizacja zamówienia dała założony efekt w postaci spełnienia obniżonego standardu emisji NOx. Ta proekologiczna inwestycja jest rodzajem inwestycji z efektem 0 lub 1, tzn. w wyniku realizacji zamówienia bloki będą spełniać bądź nie nowy, obowiązujący standard emisji. Nieosiągnięcie zakładanego efektu wiąże się z prawnym brakiem możliwości eksploatacji danego bloku. Zamawiający udzielając zamówienia nie może mieć wątpliwości, że zakładany efekt zostanie osiągnięty. Dlatego tak ważne jest właściwe przygotowanie do negocjacji czemu mają służyć dane zawarte w ofercie

wstępnej.

Oдноśnie zarzutu niepoinformowania o ocenie pozostałych ofert wstępnych oraz zarzutu ich niedostępności – odwołanie Siemens.

Zamawiający stwierdził, że ustawa pzp nie przewiduje specjalnej procedury informowania wykonawców o ocenie ofert wstępnych. Odwołujący nie podał żadnego przepisu pzp, na którego podstawie Zamawiający byłby zobowiązany do przekazania Odwołującemu takiej informacji. Zamawiający poinformował dodatkowo, że Odwołujący w 20 kwietnia 2012 r. zapoznał się z protokołem postępowania, w którego pkt 10 zawarta jest informacja na temat tego, które oferty wstępne zostały odrzucone.

Zgodnie z postanowieniami art. 96 ust. 3 pzp – oferty wstępne są jawne od dnia zaproszenia do składania ofert. Oznacza to, że na obecnym etapie postępowania jawny jest jedynie protokół z postępowania oraz wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami). Oferty wstępne są natomiast jawne od dnia zaproszenia do składania ofert, które przesyłane jest po etapie negocjacji (art. 60 pzp). Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 października 2010 r. (sygn. akt: KIO 2015/10, KIO 2025/10, KIO 2033/10) stwierdza jednoznacznie: *„Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.* Podobnie orzekła Izba w wyroku z 10 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2160/10). Odwołujący nie podał przepisu ustawy pzp, na podstawie którego Zamawiający byłby zobowiązany do udostępnienia Odwołującemu ofert wstępnych pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu na obecnym jego etapie.

Z powyższych względów w ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 96 ust. 3 pzp.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego braku podpisanego Załącznika nr 8 do Kontraktu – odwołanie Foster Wheeler.

Zamawiający stwierdził, że według pkt 13.2.1.2. Części A SIWZ wykonawca miał złożyć w Tomie II oferty wstępnej załączniki w kolejności wyszczególnionej w formularzu *Oferta Wstępna*. Zgodnie z wytycznymi przygotowania załączników do kontraktu zawartymi w tym formularzu, oдноśnie załącznika nr 8 zapisano: *Wykonawca zamieszcza w ofercie wstępnej podpisany Załącznik według wzoru przygotowanego przez Zamawiającego jako Załącznik nr 8 do Kontraktu.* Treść tego Załącznika nie mogła ulec zmianom. W przypadku załączników do kontraktu, w których treść mógł ingerować wykonawca, Zamawiający

wyraźnie wskazywał w SIWZ Część A – Instrukcja dla Wykonawców i wymagania formalno-prawne, że wykonawca *wnieście uwagi, może zaproponować, zaproponuje, przedstawi w ofercie wstępnej* (patrz instrukcje dotyczące wypełnienia załączników nr 2, 3, 4, 5, 6, 7 do kontraktu).

Zamawiający wskazał także, że w przypadku *Załącznika nr 11 do Kontraktu*, dla którego instrukcja jego sporządzenia w ofercie wstępnej była identyczna – Odwołujący zastosował się prawidłowo do polecenia Zamawiającego i zamieścił w ofercie wstępnej podpisany załącznik.

Oдноśnie zarzutów dotyczących braku tłumaczeń na język polski – odwołanie Foster Wheeler i odwołanie Siemens.

Zamawiający przywołał art. 9 ust. 2 pzp, a także postanowienie pkt 12.2. Części A SIWZ: *Oferta Wstępna musi być przygotowana w języku polskim. Jeśli Wykonawca składa dokumenty wydane w języku obcym, musi złożyć je wraz z tłumaczeniem na język polski.*

W ofercie wstępnej Odwołujący Foster Wheeler nie zamieścił tłumaczeń na język polski fragmentów opisów rysunków zamieszczonych na stronach 289, 297, 301, 306 i 320. Odwołujący Siemens w ofercie wstępnej nie zamieścił tłumaczeń na język polski fragmentów stron 299 i 305 *Załącznika nr 6 do Kontraktu* (Tom II oferty wstępnej).

Zgodnie z art. 11 ust. 5 ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim tłumaczenia na język polski nie wymaga m.in. zwyczajowo stosowana terminologia naukowa i techniczna. Zdaniem Zamawiającego trudno jednak uznać, że wszystkie przedstawione w ofertach wstępnych opisy mieszczą się w tym pojęciu. W przypadku oferty Foster Wheeler w większości umieszczone są w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa i dotyczą specjalistycznego nazewnictwa właściwego dla technicznych rozwiązań tego Wykonawcy.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego braku harmonogramu realizacji inwestycji Bloku nr 1 i Bloku nr 2 – odwołanie Siemens.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi na str. 29 Części A SIWZ Wykonawca zobowiązany był do przedstawienia w ofercie wstępnej harmonogramu realizacji kontraktu. Przedmiotem kontraktu jest modernizacja kotłów BP-1150 nr 1, 2 i 4 w Elektrowni Opole w celu redukcji emisji NOx do wartości nie większej niż 180 mg/Nm³. W wymaganiach dotyczących sporządzenia *Załącznika nr 5 do Kontraktu* Zamawiający wskazał m.in., że *podstawą tworzenia harmonogramu mają być terminy planowanych remontów poszczególnych bloków i inne kluczowe terminy przedstawione w Załączniku nr 3 do Kontraktu*. Tymczasem Odwołujący Siemens przedstawił jedynie harmonogram realizacji dla pierwszej w kolejności instalacji dla Bloku nr 4 (str. 296 oferty wstępnej).

Harmonogram jest dokumentem, w którym wskazane są daty realizacji poszczególnych etapów modernizacji. W szczególności jest dokumentem, który ma uwiarygodnić zdolność Wykonawcy do wykonania przedmiotu kontraktu w określonych warunkach, uwiarygodniać czas na prace przygotowawcze, montażowe i rozruch poszczególnych instalacji, uwzględniać planowane postoje remontowe bloków. Jak podał Zamawiający w *Załączniku nr 3 do Kontraktu* – każdy blok będzie modernizowany w innym roku, w innym okresie i czas postoju remontowego jest różny dla każdego bloku (dla bloku nr 4 – 76 dni, blok nr 1 – 60 dni i blok nr 2 – 35 dni). W związku z czym nie można w żaden sposób uznać, że harmonogram realizacji dla Instalacji Bloku nr 4 będzie *identyczny dla każdego z bloków nr 1, 2, 4*. Ponadto terminy i czas postojów remontowych bloków nie mogą być dowolnie zmieniane przez Zamawiającego.

Odpowiadając na zarzut, że zakres prac jest identyczny dla każdego z bloków, Zamawiający wskazał, że podczas realizacji instalacji dla Bloku nr 4 będzie wykonywana część wspólna dla wszystkich trzech instalacji (Bloku nr 1, 2 i 4) i etap ten nie będzie powtarzany podczas budowy instalacji dla Bloku nr 1 i nr 2.

Zamawiający podkreślił, że z żadnego zapisu zamieszczonego w ofercie wstępnej nie wynika, że złożony harmonogram realizacji dla Bloku nr 4 dotyczy również Bloku nr 1 i Bloku nr 2.

Odnośnie zarzutów dotyczących braku schematu P&ID dla układu powietrza wtórnego – odwołanie Foster Wheeler i odwołanie Siemens.

W Załączniku nr 3 do Części A SIWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące układu i zakresu opisu technicznego Instalacji. W pkt 1 i 2 tego załącznika Zamawiający wskazał, że opis musi być powiązany i odwoływać się do załączonych schematów i rysunków, oraz że wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia w ofercie wstępnej schematów ideowych instalacji z uwzględnieniem przepływu mediów, wraz z głównymi punktami kontrolno-pomiarowymi (schematy typu P&ID).

Wykonawca aby wykonać zadanie, szczególnie w zakresie metod pierwotnych redukcji NO_x, musi w istotny sposób ingerować w istniejące instalacje technologiczne, których praca i współdziałanie zostały zoptymalizowane w eksploatowanym obiekcie przez Zamawiającego. Językiem porozumienia inżynierskiego w zakresie instalacji technologicznych jest m.in. schemat P&ID (skrót od Piping and Instrumentation Diagram) – schemat technologiczno-pomiarowy, który łączy informacje technologiczne, procesowe (co płynie, skąd i dokąd, z czym się łączy, jakie zmiany fizyczne i chemiczne przechodzi, itp.) z informacjami dotyczącymi sterowania i regulacji (jakie wielkości są mierzone, w jakich miejscach, gdzie i jakie są urządzenia regulujące, jakie wielkości sterują innymi, które są

nadrzędne, a które podrzędne). Schemat P&ID w sposób skondensowany, ale zrozumiały przedstawia technologię, pozwala zrozumieć zasady działania i regulacji instalacji, i jej współpracy z innymi instalacjami.

Zamawiający do SIWZ wstępnej załączył aktualne schematy technologiczne układu powietrza wtórnego z zaznaczeniem elementów regulacyjnych i pomiarowych. W układzie tym Odwołujący wprowadzają jednak istotne zmiany i nowe elementy. W ofertach wstępnych nie ma zakresu informacji jakie dostarcza schemat P&ID. Odwołujący rozumieją przy tym znaczenie schematu P&ID, gdyż taki schemat załączyli do opisu zakresu metody wtórnej niekatalitycznej SNCR. Zamawiający stwierdził, że nie otrzymał w ten sposób niezbędnych informacji umożliwiających poznanie oferowanej technologii w zakresie pozwalającym na prowadzenie negocjacji w celu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku wyników bilansów obliczeń (wartości liczbowych) – Odwołanie Siemens.

Wykonawca był zobowiązany do przedłożenia w ofercie wstępnej założeń metodyki i wyników obliczeń, wstępnych bilansów cieplnych i masowych oraz innych danych uwiarygodniających efektywność instalacji – zgodnie z wymaganiami pkt 3 Załącznika nr 3 do Części A SIWZ.

W ofercie wstępnej brak jest bilansu zużycia reagenta (roztwór mocznika 40%), przez co nie zostały uwiarygodnione proponowane przez Odwołującego pojemności i liczba zbiorników magazynowych, wydajności pomp, zużycia energii. Wbrew twierdzeniom Odwołującego – Zamawiający nie jest w stanie dokonać stosownych obliczeń na podstawie danych zamieszczonych w ofercie wstępnej. A nawet gdyby Zamawiającemu została udostępniona wymagana do tego celu wiedza o technologii Wykonawcy to fakt dokonania takich obliczeń miałby tylko znaczenie sprawdzające i nie mógłby zastąpić autoryzacji efektywności instalacji przez samego Odwołującego

Odnosnie zarzutów dotyczących braku rysunków gabarytowych Instalacji Bloku – odwołanie Foster Wheeler i odwołanie Siemens.

W punkcie 5 Załącznika nr 3 do Części A SIWZ tego Zamawiający wymagał przedłożenia w ofercie wstępnej rysunków gabarytowych poszczególnych Instalacji Bloku, wkomponowanych w istniejące obiekty – dokumentujących sposób i możliwości zabudowy.

Z opisu instalacji zawartego w pkt 3.2.2. i 3.2.3. oferty Foster Wheeler wynika, że:

- lance wtryskowe zabudowane będą na dwóch poziomach na wszystkich ścianach komory paleniskowej;
- szafy pomiarowo mieszające zabudowane zostaną w obrębie komory paleniskowej na poziomie +30 m.

W ofercie wstępnej Odwołujący Siemens nie zamieścił rysunków uwiarygodniających możliwość zabudowy lanc wtryskowych na ścianach kotłów oraz rysunków gabarytowych szaf pomiarowo-mieszających wkomponowanych w istniejące obiekty. Z opisu na stronach 355 i 366 wynika, że Wykonawca przewiduje zabudowę po 8 lanc wtryskowych na każdej z czterech ścian każdego modernizowanego kotła, na dwóch poziomach (razem 64 lance). Zdaniem Zamawiającego zabudowa lanc, szczególnie na prawej i lewej ścianie kotła, jest uzależniona od ich wymiarów. Brak wymienionych rysunków nie spełnia warunku udokumentowania możliwości zabudowy.

Zamawiający stwierdził odnośnie obu ofert wstępnych, że:

- Po pierwsze – bez rysunków gabarytowych lanc wtryskowych nie można potwierdzić możliwości ich zabudowy na ścianach bocznych z uwagi na istniejące ograniczenia konstrukcyjne. Zabudowa lanc o takim przeznaczeniu nie powiodła się już Zamawiającemu na bliźniaczym kotle nr 3 podczas budowy instalacji redukcji NOx. Wycofanie się przez Wykonawcę z zabudowy lanc na ścianach bocznych podczas realizacji przedsięwzięcia groziłoby niedotrzymaniem wymaganego terminu zakończenia oraz, co istotniejsze, może uniemożliwić osiągnięcie bezwzględnie wymaganego poziomu obniżenia emisji NOx.
- Po drugie – w obrębie komory paleniskowej na poziomie 30 m jest ograniczona dostępna ilość miejsca, są już istniejące instalacje z wymaganym dostępem, drogi ewakuacyjne i transportowe. Zamawiający nie zna wymagań lokalizacyjnych dla urządzeń w szafach pomiarowo-mieszających. Wykonawcy mieli udostępniony obiekt do wizji lokalnej, a znając wielkość, ilość i wymagania dla szaf, nie było przeszkód aby zaproponować prawdopodobne lokalizacje. Podanie przez Wykonawców liczby i rozmiarów szaf (4 szafy o rozmiarach 3 x 2 x 0,5m), bez wskazania możliwych lokalizacji na poziomie 30m, nie dokumentują możliwości ich zabudowy.

Zdaniem Zamawiającego nieuprawnione jest stwierdzenie Odwołującego Foster Wheeler, że możliwość zabudowy szaf pomiarowo-mieszających i lanc (elementów instalacji SNCR) była podczas wizji lokalnej oceniona pozytywnie przez Zamawiającego. Celem wizji było przedstawienie Wykonawcy obiektów mających podlegać modernizacji. W jej trakcie Zamawiający nie udzielał wyjaśnień dotyczących treści SIWZ i nie prowadził negocjacji z wykonawcami. Poza tym w trakcie wizji lokalnej nie były jeszcze znane proponowane przez Wykonawcę rozwiązania, nie było więc podstaw do ich omawiania, a tym bardziej do ich oceny.

Zamawiający podsumował, że nie otrzymał w ofertach wstępnych niezbędnych informacji umożliwiających poznanie oferowanej technologii w zakresie pozwalającym na prowadzenie negocjacji w celu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego braku rysunków gabarytowych i instalacyjnych układu magazynowania mocznika – Odwołanie Siemens.

Zamawiający wskazał, że w pkt 7 Załącznika nr 3 do Części A SIWZ zobowiązał wykonawców do przedłożenia w ofercie wstępnej opisu funkcjonalnego i technicznego, rysunków lokalizacyjnych i gabarytowych układu magazynowania i rozładunku roztworu mocznika 40% dla potrzeb Instalacji Bloków nr 1-4, z uwzględnieniem koniecznych zabezpieczeń.

W ofercie wstępnej Odwołujący nie zamieścił rysunków gabarytowych i lokalizacyjnych układu magazynowania mocznika. Zamawiający dostarczył wykonawcom wyciąg z posiadanej dokumentacji budowlanej dotyczącej obszarów możliwego ulokowania instalacji magazynowania mocznika, rejony te były również udostępnione wykonawcom podczas wizji lokalnej. Instalacja magazynowania mocznika, zgodnie z opisem w SIWZ, obejmuje oprócz zbiorników także zespoły agregatów pomp rozładowniczych, agregatów pomp transportowych, instalacje zabezpieczające przed niekontrolowanym przeciekami mocznika do gruntu i wód gruntowych.

Bez podania wymiarów gabarytowych oraz proponowanej lokalizacji Zamawiający nie otrzymał niezbędnych informacji umożliwiających poznanie oferowanej technologii Wykonawcy oraz uprawdopodobnienia możliwości lokalizacji instalacji, w zakresie pozwalającym na prowadzenie negocjacji w celu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego braku opisu uruchamiania, normalnej pracy i obsługi instalacji – odwołanie Siemens

Zamawiający wskazał, że w pkt 10 Załącznika nr 3 do Części A SIWZ zobowiązał wykonawców do przedłożenia w ofercie wstępnej opisu uruchamiania, normalnej pracy i obsługi Instalacji.

W ofercie wstępnej Odwołujący Siemens nie zamieścił opisu uruchamiania, normalnej pracy i obsługi instalacji. Zamawiający stwierdził, że nie prosił o informację na temat wpływu instalacji na pracę kotła, jak to wskazano w odwołaniu. Zdaniem Zamawiającego twierdzenie, że zaproponowana przez Odwołującego instalacja pozostaje bez wpływu na pracę kotła jest nieprawdziwa. Istotą tej instalacji jest właśnie zmiana dotychczasowych warunków pracy kotła, Wykonawca dokonuje zmian konstrukcyjnych, zabudowuje dodatkowe instalacje oraz dokonuje zmian w technologii pracy kotła. Działania te powodują zmiany w dotychczasowych reżimach i procedurach uruchamiania, pracy i obsługi.

Brak na ten temat jakichkolwiek informacji uniemożliwia Zamawiającemu poznanie oferowanej technologii Wykonawcy w zakresie pozwalającym na prowadzenie negocjacji w

celu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówień brak zakresu dostawy urządzeń i materiałów
Oдноśnie zarzutu dotyczącego braku zakresu dostawy urządzeń i materiałów – odwołanie Siemens

Zamawiający podniósł, że w pkt 12 Załącznika nr 3 do Części A SIWZ wymagał od wykonawców przedstawienia w ofercie wstępnej zakresu dostaw urządzeń i materiałów wraz z podaniem: ilości, rodzaju, wymiarów gabarytowych, zakładanych długości tras, rodzaju izolacji cieplno-akustycznej, sposobu ochrony przed korozją.

Odwołujący Siemens w ofercie wstępnej nie zamieścił wymaganego zakresu dostaw urządzeń i materiałów. Zdaniem Zamawiającego informacje zamieszczone na str. 354 i nast. nie spełniają wymagań Zamawiającego, w szczególności nie zostały podane dane dotyczące ilości, rodzaju, wymiarów gabarytowych, zakładanych długości tras, rodzaju izolacji cieplno-akustycznej, sposobu ochrony przed korozją.

Brak na ten temat jakichkolwiek informacji uniemożliwia Zamawiającemu poznanie oferowanej technologii Wykonawcy w zakresie pozwalającym na prowadzenie negocjacji w celu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia.

Oдноśnie zarzutów dotyczących braku opisu typowych prac serwisowych – odwołanie Foster Wheeler i odwołanie Siemens.

Zamawiający powołał się na pkt 14 Załącznika nr 3 do Części A SIWZ, w którym zobowiązał wykonawców do zamieszczenia w ofercie wstępnej opisu zakresu typowych prac serwisowych w pierwszych pięciu latach eksploatacji.

Zdaniem Zamawiającego w ofertach wstępnej Odwołujący nie zamieścili wymaganych informacji.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego Foster Wheeler, że normalna praca oraz obsługa oferowanej instalacji będzie maksymalnie zbliżona do obsługi istniejącego systemu paleniskowego modernizowanych kotłów, Zamawiający stwierdził, że taka informacja nie oznacza, że będzie ona identyczna z obecnie prowadzoną obsługą, a tym samym nie jest w stanie ocenić zmian, jakie będzie musiał wprowadzić w prowadzonej przez siebie obsłudze kotłów po dokonaniu proponowanej przez Odwołującego modernizacji. Z kolei odnosząc się do stanowiska Odwołującego Siemens, że oferowana instalacja nie wymaga istotnych prac serwisowych, Zamawiający stwierdził, że taka informacja nie znalazła się w ofercie wstępnej, a z zasad dobrej praktyki technicznej wynika, że jest to mało prawdopodobne. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że wymagał wskazania typowych prac serwisowych, a nie istotnych prac serwisowych.

Zamawiający w obu odpowiedziach na odwołanie zwrócił również uwagę na to, że każdy wykonawca, zgodnie z przedmiotem zamówienia, zabudowuje dodatkową instalację

redukcji metodą wtórną niekatalityczną SNCR, wtryskującą roztwór wodny mocznika do kotła. Bez znajomości typowych prac serwisowych Zamawiający nie jest w stanie obecnie ocenić zakresu planowanych zmian w dotychczasowym nadzorze eksploatacyjnym. Tym samym nie otrzymał niezbędnej wiedzy do prowadzenia negocjacji w celu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego braku opisów stanów awaryjnych – odwołanie Foster Wheeler i odwołanie Siemens.

Zamawiający wskazał na pkt 15 Załącznika nr 3 do Części A SIWZ, zobowiązujący wykonawców do przedstawienia w ofercie wstępnej opisu stanów awaryjnych, sposobów reagowania obsługi, ich wpływu na pracę kotłów współpracujących z Instalacją Bloku.

W ocenie Zamawiającego w ofertach wstępnych Odwołujący nie zamieścili opisu stanów awaryjnych, sposobów reagowania obsługi, ich wpływu na pracę kotłów współpracujących z Instalacją Bloku.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego Foster Wheeler, Zamawiający stwierdził, że w ofercie wstępnej nie było informacji, że reagowanie obsługi na stany awaryjne będzie takie samo jak w układzie istniejącym. Nadto takie twierdzenie zawarte w odwołaniu jest nieuprawnione. Zdaniem Zamawiającego zmiany proponowane przez Odwołującego w stosunku do obecnie prowadzonej obsługi niewątpliwie wymuszają konieczność wprowadzenia innego reagowania obsługi na stany awaryjne. Z kolei oдноśnie stanowiska Odwołującego Siemens, Zamawiający stwierdził, że wymagał nie tylko określenia procedur, ale podania opisu stanów awaryjnych, sposobów reagowania obsługi, ich wpływu na pracę kotłów współpracujących z Instalacją Bloku.

W obu odpowiedziach na odwołanie Zamawiający zwrócił uwagę, że zmiany w istniejących instalacjach, szczególnie powietrza wtórnego, palników pyłowych, opisane przez Wykonawców, istotnie zmieniają dotychczasowe warunki eksploatacji kotła. Obsługa urządzeń i instalacji podczas normalnej eksploatacji będzie się więc różnić od dotychczasowej. Taka jest idea metod pierwotnych redukcji NOx. Brak schematu P&ID dla powietrza wtórnego podwyższa stopień nieznaności instalacji. Dodatkowo zabudowywana jest instalacja redukcji niekatalitycznej SNCR, z użyciem chemicznego addytywu, której warunki obsługi i postępowanie w sytuacjach awaryjnych będą nowością dla tych bloków i ich obsługi.

Zamawiający podsumował, że nie otrzymał niezbędnych informacji umożliwiających poznanie oferowanej technologii Wykonawcy w zakresie pozwalającym na prowadzenie negocjacji w celu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia.

Oдноśnie zarzutów dotyczących braku wymaganych informacji zgodnie z Załącznikiem nr 3

do Części A SIWZ – odwołanie Foster Wheeler i odwołanie Siemens.

Zamawiający przywołał pkt 13 Załącznika nr 3 do Części A SIWZ, zgodnie z którym wykonawcy mieli przedstawić dla urządzeń opisywanych w ofercie wstępnej, w tym dla wszystkich urządzeń z napędami elektrycznymi, następujące dane: planowany typ urządzeń, ilość urządzeń (w eksploatacji i w rezerwie), podstawowe parametry techniczno-ruchowe (wydajność, moc, sprawność, itp.).

Odwołujący Foster Wheeler nie podał mocy napędów elektrycznych, co jest niezbędne dla wskazania przez Zamawiającego źródła zasilania elektrycznego dla urządzeń Wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieprawdę, podnosząc, że *podał w Rozdziale 11 Oferty Wstępnej (...) zużycie energii elektrycznej 0,4kV dla urządzeń stacji rozładunku i magazynowania mocznika –75kW*. Zamawiający zwrócił uwagę, że przywołany parametr, zgodnie z tabelą w pkt 11 oferty wstępnej *Zużycie mediów*, jest wielkością zużycia energii, a nie wielkością mocy i nie ma wartości 75kW tylko 75kWh. Wykonawca, jako profesjonalista w obszarze energetyki, powinien odróżniać zużycie energii elektrycznej określane w jednostkach [kWh] od mocy urządzenia określanej w [kW]. Brak wymaganej wielkości uniemożliwił Zamawiającemu ocenę możliwości podłączenia urządzeń Wykonawcy do istniejących instalacji elektrycznych bloku.

Z kolei Odwołujący Siemens nie podał następujących danych: planowany typ urządzeń, ilość urządzeń (w eksploatacji i w rezerwie), podstawowe parametry techniczno-ruchowe (wydajność, moc, sprawność, itp.) dla urządzeń opisywanych w ofercie wstępnej. Brak wymaganych wielkości uniemożliwił Zamawiającemu ocenę możliwości rozwiązania podłączenie urządzeń Wykonawcy do istniejących instalacji bloku. Bez podania mocy napędów elektrycznych Zamawiający nie mógł ocenić możliwości wskazania źródeł zasilania dla urządzeń elektrycznych Wykonawcy

Zamawiający podsumował w obu przypadkach, że nie otrzymał niezbędnych informacji umożliwiających poznanie oferowanych technologii w zakresie pozwalającym na prowadzenie negocjacji w celu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia.

brak zużycia mediów dla Instalacji Bloków nr 1, 2, 4

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku podania zużycia mediów dla Instalacji Blokó nr 1, 2i 4 – odwołanie Siemens.

Zamawiający stwierdził, że zacytowany w odwołaniu fragment dotyczy sposobu oceny ofert, a nie etapu składania oferty wstępnych. Załącznik nr 2 do Części A SIWZ *Metodyka wyliczania kosztów eksploatacji* ma charakter informacyjny, w którym Zamawiający informuje wykonawców, w jaki sposób będzie dokonywał oceny ofert w ramach kryterium nr 2. Natomiast w pierwszym akapicie Załącznika nr 3 do Części A SIWZ Zamawiający wyraźnie

wskazał: *W Tomie IV Oferty Wstępnej Wykonawca poda opis techniczny oferowanej Instalacji Bloku na podstawie: Części A - Instrukcja dla Wykonawców i Części B Kontrakt wraz z Załącznikami. Opis powinien zawierać specyfikację techniczną oferowanej Instalacji spełniającej wymagania SIWZ, tj. jej budowę, zasady funkcjonowania (technologia), podstawowe parametry i zużycie mediów oraz wykaz proponowanych części zamiennych.*

Następnie w pkt 16 Załącznika nr 3 do Części A SIWZ Zamawiający określił, że wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w ofercie wstępnej zużycia mediów dla Instalacji Bloków nr 1, 2 i 4 zestawionych w zamieszczonej w SIWZ tabeli *Zestawienie zużycia mediów* (tabela nr 1, str. 40-41 Części A SIWZ).

Dodatkowo wymagane przez Zamawiającego określenie zużycia mediów służy do zweryfikowania formuł wyliczania wartości dla kryteriów oceny ofert końcowych. Zamawiający przy wyborze najlepszej oferty będzie uwzględniał koszty eksploatacji wyliczane w oparciu o zużycie mediów podane przez wykonawców. Zamawiający nie znając rodzaju mediów jakie będą stosowane w instalacji oferowanej przez Wykonawcę jest narażony na nieprawidłowe określenie w SIWZ formuły wg której będą wyliczane koszty eksploatacji do oceny ofert, a w konsekwencji – na wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący w ogóle nie zamieścił w ofercie wstępnej tabeli *Zestawienie zużycia mediów*.

Zamawiający podniósł również, że nie jest możliwe wyjaśnienie treści oferty wstępnej na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, o co wnosi Odwołujący Siemens, gdyż na etapie składania ofert wstępnych, z mocy art. 57 ust. 2 pzp, nie znajduje zastosowania art. 87 pzp. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie z wyrokiem z 19 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZO 1243/09, KIO/UZP 1242/09): *Art. 87 czy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znajdują zastosowania w odniesieniu do ofert wstępnych składanych w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Dyspozycja przepisu art. 57 ust. 2 ustawy Pzp zdanie drugie, odsyła do odpowiedniego stosowania w zakresie ofert wstępnych ściśle wymienionych przepisów ustawy Pzp.* Według wyroku z 18 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1671/11): *Rozpoznając w pierwszej kolejności zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że podnoszone zarzuty nie mogą być uwzględnione. Niniejsze postępowanie o zamówienie publiczne, w którym wniesiono odwołanie jest prowadzone bowiem w trybie negocjacji z ogłoszeniem, a zatem do tego postępowania ma zastosowanie art. 57 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem – zdanie drugie – do oferty wstępnej stosuje się odpowiednio tylko i wyłącznie przepisy art. 82-84, art. 89 ust. 1 pkt 1-3, 5 i 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2-4. Tym samym nie można skutecznie podnosić zarzutu braku zastosowania przy ocenie oferty*

wstępnej art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem procedury określone w tych przepisach – jak wynika ze wskazanego art. 57 ust. 2 ustawy Pzp mogą mieć zastosowanie do oferty definitywnej – ostatecznej, tzn. oferty, która w wyniku oceny może być wybrana jako najkorzystniejsza. Na taką interpretację wskazuje także brak powołania we wskazanym art. 57 ust. 2 ustawy Pzp przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który odnosi się do oferty tego wykonawcy, który nie wyraża zgody na poprawienie oczywistej omyłki w trybie określonym powoływanym art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazywany na rozprawie przez Odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma oczywiście zastosowanie także przy ocenie ofert wstępnych. Wynika to bowiem wprost z art. 57 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp.

Zamawiający nadto stwierdził, że Odwołujący przygotowując ofertę wstępną nie mieli żadnych wątpliwości do wymagań Zamawiającego odnośnie opisu technicznego oferowanej instalacji przedstawionych w Załączniku nr 3 do Części A SIWZ – w tym zakresie nie wpłynęło jakiegokolwiek pytanie od żadnego z Odwołujących. Zamawiający podkreślił, że odrzucenie ofert Odwołujących jest nie tylko wynikiem niespełniania wymagań formalno-prawnych SIWZ wstępnej, gdyż z powodu wyszczególnionych braków w ofertach wstępnych Zamawiający nie otrzymał wymaganych informacji umożliwiających przygotowanie się i przeprowadzenie procesu negocjacji w celu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia do SIWZ. W ofercie końcowej nie będzie możliwości doprecyzowania opisu technicznego, gdyż zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Części A SIWZ wstępnej – będzie zobowiązany wyłącznie do akceptacji podanych przez Zamawiającego wymagań Części Technicznej SIWZ.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego 24 kwietnia 2012 r. pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia (wraz z przekazaniem kopii odwołań) – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło 27 kwietnia 2012 r. (pismem z 24 kwietnia 2012 r.) zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w obu sprawach po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Nalco Mobotec Polska sp. z o.o. siedzibą w Tychach, ograniczoną odpowiedzialnością, 43-110 Tychy, ul. Przemysłowa 55, Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „REMAK-ROZRUCH” S.A. z siedzibą w Opolu. Zgłaszający przystąpienie wnieśli o oddalenie obydwu odwołań.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony którejkolwiek ze spraw oraz zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w obu sprawach sprawie w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom, a więc

zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia powyżej wymienionych Wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako Przystępujących, zgodnie ze zgłoszeniem.

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

Wobec sprawdzenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Izba uznała za bezprzedmiotowy i nie mający związku z przesłanką opisaną w pkt 7 ust. 2 art. 189 pzp wniosek Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania Siemens jako wniesionego wobec czynności podmiotu nieistniejącego, to jest PGE Elektrownia Opole S.A. Jest to pomiot, który wszczął i prowadził postępowanie a dopiero w jego toku (w marcu 2012 r.) uległ przekształceniu, przy czym ani siedziba w Bełchatowie, ani adres do doręczeń w Brzeziu koło Opola nie uległ zmianie, a Zamawiający nie zaprzeczał, że otrzymał w terminie kopię odwołania. Nadesłane dzień później przez Odwoływającego Siemens nie stanowi nowego odwołania, od którego należy liczyć jakiegokolwiek terminy.

Izba przeprowadziła zatem rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska merytoryczne, z wyjątkiem cofnięcia przez Odwoływającego Siemens części jednego z zarzutów, co opisano poniżej.

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

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

razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., ofert wstępnych Odwołujących, a także innych pism i dokumentów, jeżeli tylko zostały omówione lub wspomniane w treści niniejszego uzasadnienia.

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

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, iż żadne z odwołań nie zasługuje na uwzględnienie.

Z art. 57 ust. 2 pzp wynika, że przy ocenie ofert wstępnych złożonych w trybie negocjacji z ogłoszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp stosuje się odpowiednio. Ta przesłanka odrzucenia oferty powszechnie interpretowana jest przede wszystkim jako niezgodność w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. W zakresie zastosowania tej przesłanki mieści się jednak szersze spektrum sytuacji, w których można jednoznacznie stwierdzić, że złożona oferta nie odpowiada treści s.i.w.z., gdyż jest sporządzona odmienne niż wymagały tego postanowienia s.i.w.z. Oczywiście nie chodzi tu o postanowienia dotyczące kwestii czysto porządkowych, takich jak numeracja stron, układ graficzny, użycie formularzy przygotowanych przez zamawiającego itp. Od takich postanowień należy jednak odróżnić postanowienia s.i.w.z. o charakterze przede wszystkim formalnym, które jednak mają również decydujące znaczenie dla ukształtowania materialnej treści oferty. Zamawiający ma prawo bowiem zażądać przygotowania żądanego zakresu informacji w takim układzie i zakresie, który umożliwi mu zweryfikowanie merytorycznej zgodności treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Jest to szczególnie uzasadnione przy skomplikowanym przedmiocie zamówienia. Tryb negocjacji z ogłoszeniem, choć w zamówieniach sektorowych należy do trybów podstawowych, znajduje zastosowanie między innymi, gdy nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego

lub przetargu nieograniczonego. Z tego względu w trybie tym występuje s.i.w.z. określana mianem wstępnej, gdyż z założenia jej postanowienia, w szczególności dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, mogą ulec zmianie i doprecyzowaniu po przeprowadzonych w tym celu negocjacjach z wykonawcami, którzy złożyli oferty wstępne. Dopiero po tych negocjacjach zamawiający ustala finalną treść s.i.w.z., a wykonawcy składają oferty zawierające cenę za wykonanie ostatecznie opisanego przedmiotu zamówienia. Pomimo tego, że opis przedmiotu zamówienia może ulec zmianie w wyniku negocjacji, zamawiający bada nie tylko zgodność wycenionych ofert z ostateczną treścią s.i.w.z. Z mocy art. 57 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp na wcześniejszym etapie zamawiający ma obowiązek bowiem odrzucić oferty wstępne nieodpowiadające postanowieniom s.i.w.z., która została przesłana wraz z zaproszeniem do ich składania. Specyfika odpowiedniego stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w takiej sytuacji zwiększa możliwość wystąpienia i znaczenie przypadków niezgodności treści ofert wstępnych z postanowieniami s.i.w.z. określającymi wymagany przez zamawiającego zakres i układ informacji merytorycznych. Zamawiający ma prawo oczekiwać przygotowania ofert wstępnych w taki sposób, aby był w stanie zweryfikować ich merytoryczną treść i ustalić zagadnienia, które powinny stać się przedmiotem dalszych negocjacji.

W niniejszej sprawie Zamawiający odrzucił oferty wstępne Odwołujących głównie za niezastosowanie się do treści *Załącznika nr 3 do Części A SIWZ* określającego *wymagania dotyczące układu i zakresu opisu technicznego oferowanych Instalacji*. Z informacji zamieszczonej na wstępie tego załącznika wynika, że opis techniczny oferowanej instalacji miał uwzględniać nie tylko opis przedmiotu zamówienia (zamieszczony w *Części B – Kontrakt wraz z Załącznikami*), ale także postanowienia instrukcji dla wykonawców (stanowiącej *Część A SIWZ*). Sam opis miał zawierać specyfikację techniczną oferowanej instalacji obejmującą jej budowę, zasady funkcjonowania (technologię), podstawowe parametry i zużycie mediów oraz wykaz proponowanych części mediów. Zamawiający ustalił także obowiązujący układ i zakres opisu technicznego oferowanej instalacji przez wyszczególnienie w 17 punktach opisów, schematów, rysunków, obliczeń, informacji, wykazów. Zamawiający odrzucił oferty Odwołujących wyszczególniając punkty, do których się nie zastosowali. Zamawiający w odpowiedziach na odwołanie dodatkowo wielokrotnie powołał się na to, że w ten sposób nie otrzymał od Odwołujących niezbędnych informacji umożliwiających mu poznanie oferowanej przez nich technologii w zakresie pozwalającym prowadzenie negocjacji w celu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący na rozprawie chętnie odnosili się do takiego podsumowania ze strony Zamawiającego, twierdząc, że to co przedstawili w ofertach wstępnych jest wystarczające z punktu widzenia

specyfikacji oferowanych przez nich rozwiązań, a wszelkie inne niezbędne informacje, nawet jeżeli nie zostały zamieszczone tam, gdzie ich Zamawiający oczekiwał, to znajdują się w innych miejscach lub z nich wynikają. W ocenie Izby Odwołujący nie byli w stanie podważyć stwierdzonych przez Zamawiającego braków w ich ofertach wstępnych, które rzeczywiście miały miejsce. Natomiast twierdzenia Odwołujących, że brakujące informacje można wyczytać w innych lub na podstawie innych miejscach złożonych ofert wstępnych, nie zostały udowodnione. Tymczasem to na Odwołujących z mocy art. 190 ust. 1 pzp, ciążył ciężar udowodnienia tych okoliczności, które miałyby wskazywać na bezpodstawność wskazanych przez Zamawiającego podstaw faktycznych decyzji o odrzuceniu ich ofert.

Zamawiający w obu ofertach wstępnych stwierdził brak schematów P&ID dla układu powietrza wtórnego. Odwołujący Siemens nie kwestionując tego faktu, powołał się na znikomy zakres modernizacji tego układu ograniczony do dysz. Jednocześnie potwierdził, że spowoduje to zmiany przepływów powietrza wtórnego. Niezrozumiałe jest jednak stwierdzenie, że z *założeń nie ulega zmianie* schemat P&ID, skoro dotyczy schematu, który w ogóle nie powstał. W ocenie Izby obydwaj Odwołujący na własne ryzyko i odpowiedzialność zwolnili się z obowiązku przedstawienia takiego schematu, choć z pkt 2 wymagań Zamawiającego wynikało, że takie schematy ideowe z uwzględnieniem przepływu mediów wraz z głównymi punktami kontrolno-pomiarowymi należy przedstawić dla instalacji, a nie tylko dla niektórych jej elementów. Odwołujący Foster Wheeler odwołał się do rysunków 13 i 14 ze stron 33 i 34 oraz rysunków 4 i 5 ze stron 294 i 295 – swojej oferty wstępnej (kopie tych stron zostały załączone do odwołania). W przypadku tych pierwszych odwołujący nie udowodnił, że rysunki zatytułowane *Oferowane modyfikacje w istniejących skrzyniach palnikowych oraz portów SOFA...* (dalej odpowiednio – *Kocioł Nr 4* lub *Kocioł Nr 2*) *łączą cechy rysunków gabarytowych oraz schematów P&ID*, już z tej przyczyny, że poza tym wszystkie informacje słowne zamieszczone na tych rysunkach nie zostały przetłumaczone. Tymczasem zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) wszystkie dokumenty należy przedstawić w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, ma obowiązek przedstawienia ich tłumaczenia na język polski. Na podstawie samych *rysunków* Izba stwierdziła jedynie, że zasadniczo różnią się one wyglądem od schematów ideowych, które zamieszczono np. na rysunku 12. Z kolei rysunek 4. przedstawia *rzut izometryczny nowych skrzyń SOFA proponowanych przez Foster Wheeler*, a rysunek 5. – *widok bardziej efektywnego wypełnienia obszaru przekroju komory paleniskowej w wyniku połączenia zmodernizowanych istniejących dysz SOFA na ścianie*

przedniej i tylnej z nowymi SOFA na ścianach bocznych proponowanymi przez Foster Wheeler. Zważając, że Odwołujący potwierdził wprowadzenie zmian w układzie powietrza wtórnego, w tym wprowadzenie nowych organów regulacyjnych i elementów mechanicznych, zabudowę dodatkowych klap regulacyjnych, dodanie nowych skrzyń paleniskowych wymagających nowych kanałów powietrza wtórnego – rysunki nie mogą zastępować wymaganych schematów, gdyż nimi nie są.

Zamawiający u obu Odwołujących stwierdził także brak rysunków gabarytowych dla instalacji bloku w zakresie szaf pomiarowo-mieszających i lanc wtryskowych, a dodatkowo w ofercie wstępnej Odwołującego Siemens – brak rysunków gabarytowych i instalacyjnych układu magazynowania mocznika. Odwołujący nie zaprzeczali tym faktom, zgodnie stwierdzając, że Zamawiającemu powinno wystarczyć sprecyzowanie przez nich wymiarów urządzeń. Odwołujący Foster Wheeler odniósł to konkretnie do szaf pomiarowo-mieszających (w rozdziale 3.2.2 oferty podano ich wymiary), podnosząc dodatkowo, że określił ich proponowaną lokalizację (w rozdziale 6 oferty). Odnośnie lanc, powołał się na uzyskanie od Zamawiającego pozytywnej oceny podczas wizji lokalnej, a także na to, że rozmieszczenie i liczba lanc ma charakter wstępnej propozycji, którą zamierzał doprecyzować w ofercie ostatecznej. Odwołujący Siemens nie raczył w odwołaniu sprecyzować, gdzie zamieścił informacje, które miałyby rzekomo zastępować brakujące rysunki. Na rozprawie zaś, poza wskazaniem wybranych stron swojej oferty, podniósł, że rysunki gabarytowe, jako dokładnie obrazujące położenie elementów, mają sens po dokonaniu w tym zakresie ostatecznych ustaleń z klientem. Jest to podobna argumentacja, jak przedstawiona w odwołaniu w odniesieniu do braku rysunków gabarytowych dla zbiornika mocznika. W ocenie Izby wszystkie te tłumaczenia nijak się mają do sprecyzowanego przez Zamawiającego w sposób jasny i zrozumiały w pkt 5 załącznika nr 3 wymagania sporządzenia rysunków gabarytowych poszczególnych, a nie wybranych instalacji bloku, prezentujących je na tle istniejących obiektów dla zobrazowania sposobu i możliwości ich zabudowy. Natomiast z pkt 7 wynikał obowiązek przedstawienia nie tylko opisu funkcjonalnego i technicznego układu magazynowania mocznika, lecz także rysunków lokalizacyjnych i gabarytowych. Niezależnie od wyrażenia lub nie wstępnych aprobat przez Zamawiającego, czy wstępnego charakteru proponowanych lokalizacji – Odwołujący nie mają prawa wymagać, by Zamawiający za nich sporządzał rysunki, które miały być obligatoryjnym elementem każdej oferty wstępnej.

Zamawiający stwierdził również w obu ofertach wstępnych brak opisu zakresu typowych prac serwisowych w pierwszych pięciu latach eksploatacji (pkt 14. wymagań) oraz opisu stanów awaryjnych, sposobów reagowania obsługi, ich wpływu na pracę kotłów

współpracujących z instalacją bloku (pkt 15. wymagań), a w ofercie Siemens dodatkowo brak opisu uruchamiania, normalnej pracy i obsługi instalacji (pkt 10. wymagań). Izba zważyła, że ze sformułowanych przez Zamawiającego wymagań jednoznacznie wynika obowiązek wytworzenia przez wykonawców określonych treści na dany temat w postaci odpowiednich opisów. Niezależnie zatem od tego, czy praca i obsługa oferowanej instalacji będzie maksymalnie zbliżona do obsługi dotychczasowej istniejącego systemu (rozdział 8 oferty Foster Wheeler) lub też nie wystąpią istotne prace serwisowe (w przypadku Odwołującego Siemens), i czy wobec tego reagowanie obsługi na stany awaryjne pozostanie bez zmian w stosunku do istniejących procedur – wymagane było opisanie tych typowych (nawet nieistotnych) prac, stanów i sposobów reagowania. Izba zważyła nadto, że Odwołujący Foster Wheeler jako punkt odniesienia wskazał zmodernizowany wcześniej blok 3, co pośrednio potwierdza, że po wykonaniu instalacji redukcji emisji NOx jednak jakieś zmiany w tych procedurach zachodzą. Niedopuszczalne jest także przerzucanie skutków własnego zaniechania na Zamawiającego i wymaganie by na podstawie własnej wiedzy i analizy treści oferty we własnym zakresie wytworzył takie opisy.

Ostatnim wspólnym dla obu ofert wstępnym zaniechaniem stwierdzonym przez Zamawiającego jest brak podania kompletu informacji wymaganych według pkt 13 załącznika nr 3 (planowany typ urządzeń, ilość urządzeń w użyciu i w rezerwie, ich podstawowe parametry techniczno-ruchowe – wydajność, moc, sprawność itp.), z tym że w ofercie Foster Wheeler dotyczyło to jedynie braku podania mocy napędów elektrycznych. Dodatkowo Odwołujący Siemens miał nie dopełnić wymagania z pkt 8 w postaci przedstawienia zakresu dostaw urządzeń i materiałów z podaniem: ilości, rodzaju, wymiarów gabarytowych, zakładanych długości tras, rodzaju izolacji cieplno-akustycznej, sposobu ochrony przed korozją. Zdaniem Odwołującego Siemens żądane informacje wynikają z opisu technicznego na stronach od 354 do 356 (koniec zakresu doprecyzowano na rozprawie). W ocenie Izby takie ogólne odwołanie, zamiast precyzyjnego wskazania konkretnych informacji odzwierciedlających wymagany ich zakres, niczego nie dowodzi, lecz stanowi nieudowodnione twierdzenie. Wobec szczegółowego wyliczenia braków w odpowiedzi na odwołanie, sprowadzającego się w istocie do wskazania, że nie ma żadnej spośród wymaganych informacji, Odwołujący na rozprawie stwierdził, że podał liczbę urządzeń, natomiast pozostałe szczegółowe informacje mógłby przedstawić dopiero na etapie projektu wykonawczego, po poznaniu wszystkich uwarunkowań po stronie Zamawiającego. W ocenie Izby, niezależnie od podawanego uzasadnienia, stanowi to w oczywisty sposób przyznanie przez Odwołującego Siemens zaistnienia okoliczności, która stała się jedną z podstaw odrzucenia jego oferty wstępnej.

Odmienne przedstawia się sytuacja w przypadku oferty wstępnej Foster Wheeler, w której Zamawiającemu do kompletu informacji (wymaganych według pkt 13 załącznika nr 3) brakowało jedynie wskazania mocy napędów elektrycznych. Izba zważyła, że Zamawiający nie kwestionował zakresu informacji wynikających z rozdziału 11 (strony 330-332) i rozdziału 3.2.1 (strony 302-303) oferty, wskazując jednak na błędne utożsamienie przez Odwołującego zużycia energii (określanego w kWh) z mocą urządzenia elektrycznego (podawaną w kW). Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że ponieważ Zamawiający w przygotowanej przez siebie tabeli zużycia mediów dla instalacji bloków 1,2 i 4 dla zużycia energii elektrycznej określił jako jednostkę kWh/h, wykazane jedynie dla urządzeń stacji rozładunkowej i magazynowania mocznika (czyli pomp) zużycie energii elektrycznej o napięciu 0,4 kV w wysokości 75 kWh oznacza tym samym moc 75 kW. Izba zważyła, że nawet jeżeli nie stanowi to wprost podania mocy silników elektrycznych pomp, to Odwołujący wykazał możliwość przeprowadzenia przez Zamawiającego oceny szans podłączenia tych urządzeń do istniejących instalacji elektrycznych bloku. Z tego względu ten zarzut odwołania Foster Wheeler Izba uznała za zasadny.

W ofercie wstępnej Siemens Zamawiający stwierdził ponadto jeszcze dwa uchybienia. Po pierwsze – zaniechanie podania wyników bilansów obliczeń uwiarygodniających efektywność instalacji (pkt 3 wymagań), gdyż brak jest bilansu zużycia reagenta w postaci 40% roztworu mocznika. Po drugie – zaniechanie sporządzenia zestawienia zużycia mediów dla instalacji we wszystkich blokach, zgodnie z tabelą nr 1 udostępnioną w s.i.w.z. (pkt 16 wymagań). Odwołujący powołał się na sprzeczność tego ostatniego wymagania z Załącznikiem nr 2 do Części A SIWZ – *Metodyka wyliczenia kosztów eksploatacji*. Odnośnie niepełnych wyliczeń, w odwołaniu argumentował, że podanie na stronach 334 i 345 dane dotyczące sprawności najważniejszego elementu, to jest palników niskoemisyjnych, jest wystarczające i pozwala Zamawiającemu na wykonanie obliczeń bilansu. Na rozprawie Odwołujący przyznał, że dotyczy to tylko metody pierwotnej. Z kolei odstąpienie od wyliczenia bilansu zużycia reagenta jest dla Odwołującego konsekwencją braku obowiązku podania jego zużycia. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego jest zupełnie nieuzasadnione, a wręcz niezrozumiałe. Już z przytoczonego w odwołaniu fragmentu wynika jednoznacznie, że dotyczy on etapu składania ofert ostatecznych, a konkretnie sposobu oceny ofert w ramach kryterium kosztów eksploatacji instalacji. W żaden sposób nie uprawniało to Odwołującego do zignorowania wymagania podania zużycia mediów na etapie oferty wstępnej, zwłaszcza wobec przygotowania przez Zamawiającego specjalnie w tym celu wzoru tabeli precyzującej zakres i sposób podania tych danych. Tym bardziej zaskakujące i niemożliwe do zaakceptowania jest uzasadnianie

przez Odwołującego jednym błędem popełnienie następnego w postaci braku bilansu zużycia reagenta.

W ocenie Izby Odwołujący Siemens bezpodstawnie zakwestionował także odrzucenie swojej oferty za brak sporządzenia pełnego harmonogramu realizacji kontraktu. O ile prawdą jest, że w ofercie wstępnej przedstawiono jeden harmonogram, o tyle nie sposób przyjąć, że harmonogram przygotowany dla Bloku 4, co wynika już z jego nazwy, może dotyczyć wszystkich trzech bloków, które mają być realizowane nie jednocześnie, ale po kolei, w dodatku w odmiennym tempie. Również zakres prac nie jest identyczny, gdyż część prac wykonywana dla Bloku 4 dotyczy części wspólnej dla trzech modernizowanych bloków. Izba stwierdziła zatem, że w pełni zasadna jest szczegółowa argumentacja zawarta w odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie Odwołujący zmodyfikował swoje stanowisko twierdząc, że nie miał danych o datach początkowych prac dla pozostałych bloków, co uniemożliwiło mu przygotowanie dla nich harmonogramu. Tymczasem choć Zamawiający zastrzegł w warunkach kontraktu możliwość zmian, to jednak podał planowane terminy dla poszczególnych bloków i to na ich podstawie należało przygotować pełny harmonogram realizacji inwestycji. Ponownie Odwołujący bezpodstawnie usprawiedliwia brak dochowania należytej staranności rzekomym zaniechaniem po stronie Zamawiającego.

Z kolei Odwołujący Foster Wheeler bezpodstawnie powołał się na rzekomą sprzeczność postanowień IDW w zakresie możliwości wprowadzania zmian do *Załącznika nr 8 do Kontraktu pn. Deklaracja/Zobowiązanie przestrzegania i doskonalenia zasad społecznej odpowiedzialności w prowadzonej działalności gospodarczej*. Odwołujący wybiórczo powołał się na ogólne postanowienie pkt 13.2.3 *Uwagi do Kontraktu w Ofercie Wstępnej*, natomiast przemilczał, że postanowienie to zostało logicznie uszczegółowione w treści *Załącznika nr 1 do Części A SIWZ – Formularz Oferta Wstępna*, gdzie odrębnie dla każdego załącznika opisano sposób jego przygotowania, w tym czy podlega on tylko akceptacji, czy też istnieje możliwość zgłoszenia propozycji zmian w trybie *red mark*. Na marginesie Izba nie dostrzega także żadnego związku pomiędzy możliwością wprowadzania zmian do treści dokumentów, a brakiem podpisania się pod proponowanymi zmianami. Jednakże brak tego podpisu można uznać za nieistotny, skoro jest to załącznik do zasadniczej treści umowy, której podpisania Zamawiający nie wymagał, właśnie z uwagi na możliwość zgłoszenia poprawek. Wobec potwierdzenia się innych podstaw odrzucenia Izba odstąpiła od oceny istotności zmiany treści załącznika wprowadzonej przez Odwołującego.

Izba uznała także za zasadne zarzuty obydwu odwołań związane z okolicznością braku przetłumaczenia części ofert wstępnych na język polski. Zważając na obszerność dokumentacji ofert Zamawiający nadmiernie rygorystycznie podszedł do nieprzetłumaczenia

informacji słownych z rysunków, co dotyczy raptem pięciu przypadków w ofercie Foster Wheeler i dwóch w ofercie Siemens. W przypadku oferty Siemens zastrzeżenia Zamawiającego są zdecydowanie na wyrost, gdyż dotyczą schematów zamieszczonych w części pn. *Plan jakości projektu*, które nie były wymagane i w większości zostały omówione w treści opisowej. Natomiast jeżeli Zamawiający rzeczywiście nie mógł zrozumieć przekazu wynikającego z rysunków części technicznej oferty Foster Wheeler, to mógł zwrócić się o stosowne wyjaśnienia. W ocenie składu orzekającego Izby nie stoi temu na przeszkodzie brak odwołania się w art. 57 ust. 2 pzp do odpowiedniego stosowania art. 87 ust. 1 pzp. Być może ustawodawca chciał w ten sposób dać wyraz, że przepis ten stosuje się wprost.

Odwołujący Siemens cofnął zarzut związany z nieudostępnieniem informacji o ocenie innych ofert wstępnych, podtrzymując zarzut w zakresie odmowy dostępu do treści tych ofert wstępnych. Zarzut ten jest niezasadny. Odwołujący powołał się na naruszenie przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady jawności. Wskazał także na naruszenie art. 96 ust. 3 pzp, jednak już bez powołania się na jego treść. Tymczasem *de lege lata* z tego przepisu wprost wynika czasowe ograniczenie jawności ofert wstępnych trwające aż do dnia zaproszenia do składania ofert. Odwołujący nie tylko bezpodstawnie ale i bezcelowo zarzucił zatem Zamawiającemu opieszałość w zaproszeniu do negocjacji wykonawców, których oferty wstępne nie zostały odrzucone, gdyż nie jest to czynność, która mogłaby mu umożliwić dostęp do tych ofert.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołujących tymi kosztami, w postaci uiszczonych przez nich wpisów oraz uzasadnionych kosztów Zamawiającego obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości po 3600 zł w każdej sprawie, na podstawie rachunków (faktur VAT) złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Sygn. akt: KIO 812/12
KIO 822/12

Przewodniczący: