

Sygn. akt: KIO 1818/18

WYROK
z dnia 25 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2018 r. przez wykonawcę **Honeywell Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Elektrociepłownię Stalowa Wola S.A. z siedzibą w Stalowej Woli,**

przy udziale wykonawcy **Emerson Process Management Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Honeywell Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Tarnobrzegu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Elektrociepłownia Stalowa Wola S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie zadania polegającego na dokończeniu realizacji systemu sterowania bloku gazowo-parowego w Elektrociepłowni Stalowa Wola S.A.*

W dniu 10 września 2018 r. wykonawca Honeywell Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Emerson Process Management Sp. z o.o. i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6, względnie pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 4.2.1.2. SIWZ oferta w wersji papierowej powinna zawierać m.in. Załącznik nr 3 do Umowy – Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, wypełniony zgodnie z wymaganiami określonymi w Części II SIWZ (wzór Umowy). Powyższy obowiązek został powtórzony w pkt 4.2.5.4. SIWZ, zgodnie z którym wykonawcy byli zobowiązani do sporządzenia i przedstawienia w swoich ofertach kalkulacji ceny wg wymogów określonych w Załączniku nr 3 do Części II SIWZ. Z treści Załącznika nr 3 do Umowy wynika, że Zamawiający podzielił Przedmiot Umowy na Etapy Realizacji, a wykonawcy powinni przygotować Harmonogram Rzeczowo-Finansowy w formie tabeli, zgodnie z załączonym wzorem, wg następujących zasad:

a) *Kolumna 3 – Data zakończenia Etapu Realizacji*

b) *Kolumna 4 – Wartość Etapu Realizacji netto*

Wykonawca wpisze kwoty Wynagrodzenia Umownego Netto w PLN za poszczególne Etapy Realizacji, z uwzględnieniem wskazówek odnośnie wartości tych kwot podanych przez Zamawiającego jako procent Wynagrodzenia Umownego Netto

Suma wynagrodzenia netto za wszystkie Etapy Realizacji równa się Wynagrodzeniu Umownemu Netto.

c) *Kolumna 5 – VAT*

Wykonawca wpisze dla każdego Etapu Realizacji kwotę podatku VAT

d) *Kolumna 6 – Wartość Etapu Realizacji brutto*

Wykonawca wpisze obliczoną kwotę brutto za realizację poszczególnych Etapów Realizacji. Kwota brutto jest sumą wartości Etapu Realizacji netto i podatku VAT. Suma wynagrodzenia brutto za wszystkie Etapy Realizacji równa się Wynagrodzeniu Umownemu.

e) Kolumna 7 – Wykaz Protokołów odbioru prac wykonanych w danym Etapie Realizacji

Zgodnie z Umową Wynagrodzenie Umowne oznacza wynagrodzenie brutto Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu Umowy, wyrażone w złotych (PLN). Wynagrodzenie Umowne obejmuje podatek od towarów i usług (podatek VAT) lub podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów wykonanie Przedmiotu Umowy podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym i jeżeli jego do jego rozliczenia będzie obowiązany Wykonawca. Wynagrodzenie Umowne nie obejmuje wynagrodzenia za dostawę Symulatora. Wynagrodzenie Umowne Netto zostało natomiast zdefiniowane jako Wynagrodzenie Umowne pomniejszone o podatek VAT należny z tytułu wykonania Przedmiotu Umowy oraz podatek akcyzowy, jeżeli jego naliczenie było wymagane, w tym również, jeżeli do jego rozliczenia obowiązany będzie Zamawiający. Wynagrodzenie Umowne Netto jest wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu art. 632 par. 1 KC za wykonanie Przedmiotu Umowy i wszystkich innych zobowiązań Wykonawcy wynikających z Umowy. Wynagrodzenie Umowne Netto nie ulega zmianie przez cały okres trwania Umowy, za wyjątkiem przypadków wyraźnie opisanych w Umowie. Przepisu art. 632 par. 2 KC nie stosuje się.

Zgodnie z Umową Zamawiający będzie realizował płatności z tytułu wykonania poszczególnych Etapów Realizacji na podstawie faktur, do których załącznikami będą Protokoły Odbioru Etapu Realizacji (art. 4.1.1. wzoru Umowy). Warunkiem do wystawienia faktury będzie wykonanie zakresu prac objętego danym Etapem Realizacji, potwierdzone podpisaniem przez Zamawiającego Protokołem Odbioru Etapu Realizacji (art. 4.1.2. wzoru Umowy). Do wynagrodzenia za dany Etap Realizacji wyrażonego w kwocie netto w PLN określonej w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, wykonawca doliczy podatek VAT, zgodnie z obowiązującymi przepisami, jeśli podatek ten będzie podlegał rozliczeniu przez wykonawcę (art. 4.2.2. wzoru Umowy).

Jak wynika z powyższego, Harmonogram Rzeczowo-Finansowy

- był częścią oferty składanej przez każdego z wykonawców,
- powinien zawierać kalkulację ceny za realizację zamówienia podstawowego (bez zamówienia objętego prawem opcji),
- stanowi podstawę do płatności wynagrodzenia za poszczególne Etapy Realizacji, określając tym samym wysokość zobowiązań Zamawiającego względem wykonawcy.

Odwołujący podał, że pismem z 8 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował Emerson, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zdecydował o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności oferty złożonej przez Emerson z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Zamawiającego, Emerson omyłkowo w wynagrodzeniu ujętym w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym ujął – obok wynagrodzenia za zamówienie podstawowe – wynagrodzenie za zamówienie objęte prawem opcji. W konsekwencji, Zamawiający dokonał odpowiednich korekt Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, zgodnie z wartościami procentowymi poszczególnych Etapów Realizacji. Zdaniem Zamawiającego popełnione omyłki polegające na niezgodności oferty Emerson z SIWZ nie powodują istotnych zmian w treści oferty Emerson i były możliwe do poprawienia bez konieczności uzyskiwania wyjaśnień od Emerson.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Emerson, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. Powołując się na stanowisko doktryny i orzecznictwa stwierdził, że błędy w obliczeniu ceny, dotyczące stanu faktycznego, a nie technicznego błędy odnoszącego się do działań arytmetycznych, nie podlegają poprawieniu, jako że stanowiłoby to ingerencję w treść oświadczenia woli.

Zdaniem Odwołującego w niniejszym stanie faktycznym z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia. Wykonawca przygotowując Harmonogram Rzeczowo-Finansowy w sposób błędny kalkulował cenę oferty, przyjmując (prawdopodobnie) za podstawę Cenę brutto określoną w pkt 1. Część B Formularza Oferty. W ocenie Odwołującego tego rodzaju błąd nie stanowi omyłki, podlegającej poprawieniu w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wszelkie omyłki, które nie stanowią omyłek pisarskich ani rachunkowych oraz polegają na niezgodności oferty z treścią SIWZ mogą być poprawione jako inne omyłki pod warunkiem, że nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów, nie mogą natomiast dotyczyć świadomego i celowego działania wykonawcy. Stosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie może naruszać zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, że korekta dokonana przez Zamawiającego dotyczyła 12 pozycji, określonych przez Zamawiającego jako poszczególne Etapy Realizacji. Dodatkowo, Zamawiający w wymaganiach określił, że *Wykonawca wpisze kwoty Wynagrodzenia Umownego Netto w PLN za poszczególne Etapy Realizacji, z uwzględnieniem wskazówek odnośnie wartości tych kwot podanych przez Zamawiającego jako procent Wynagrodzenia*

Umownego Netto. Tym samym Zamawiający pozostawił wykonawcom pewien zakres swobody w określeniu procentowego udziału w Wynagrodzeniu Umownym Netto częściowego wynagrodzenia za realizację danego Etapu Realizacji. Zdaniem Odwołującego nie ma wątpliwości, że poprawienie omyłek w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym mogło nastąpić również w inny sposób, niż ten zaproponowany przez Zamawiającego. W efekcie brak było podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji oferta wykonawcy Emerson podlegała na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6, względnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 36b ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że wykonawca Emerson co najmniej dwukrotnie w sposób zawiniony wprowadził Zamawiającego w błąd, poprzez niewskazanie w formularzu oferty oraz formularzu JEDZ podwykonawców, przy pomocy których będzie realizował przedmiot zamówienia, pomimo ciążącego na nim obowiązku w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 3.9.1. SIWZ Zamawiający żądał wskazania w Formularzu Oferty części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania firm tych podwykonawców w JEDZ w miejscu na to przewidzianym. Powyższe postanowienie SIWZ stanowi powtórzenie regulacji zawartej w art. 36b ust. 1 ustawy Pzp. Emerson, w cz. C pkt 7. Formularza Oferty oświadczył, że przy wykonaniu Przedmiotu Zamówienia nie będzie korzystał z usług podwykonawców. Analogiczne oświadczenie znalazło się w cz. II sekcja D formularza JEDZ.

W ocenie Odwołującego, zarówno oświadczenie zawarte w Formularzu Oferty jak również w formularzu JEDZ, dotyczące podwykonawców są nieprawdziwe. Odwołujący podkreślił, że nie mamy w tym przypadku do czynienia z sytuacją braku wskazania firm podwykonawców oraz części zamówienia, których wykonanie Emerson zamierza powierzyć podwykonawcom w związku z tym, że na dzień składania oferty ww. informacje nie były znane Emerson. Przeciwnie, zdaniem Odwołującego wykonawca miał świadomość lub powinien mieć świadomość, że realizacja części Przedmiotu Zamówienia będzie musiała być powierzona podwykonawcom.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania polegającego na dokończeniu realizacji system sterowania bloku gazowo-parowego w Elektrociepłowni Stalowa Wola S.A., w szczególności uzupełnienie dostaw w zakresie określonym w SIWZ, montaż, uruchomienie i optymalizacja DCS i systemów pomocniczych (3rd party) dla potrzeb bloku gazowo-parowego (pkt 2.1 SIWZ). Zamawiający oczekuje więc dokończenia istniejącego, a nie dostawy nowego systemu sterowania bloku gazowo-

parowego. Powyższe potwierdza zapis pkt 3 Opisu przedmiotu Umowy, zgodnie z którym Wykonawca w ramach realizacji Przedmiotu Umowy, tj. Dokończenia platformy systemowej Nadrzędnego Systemu Sterowania BGP ma obowiązek wykorzystać urządzenia i instalacje będące w posiadaniu Zamawiającego w takim zakresie, aby spełnić wymogi niniejszej Umowy. Elementy, którymi dysponuje Zamawiający i które ma obowiązek wykorzystać Wykonawca zostały opisane w punkcie 8. "Opis stanu istniejącego." Postanowienie to było przedmiotem pytania jednego z wykonawców, na które Zamawiający 8 maja 2018 r. udzielił następującej odpowiedzi:

Pytanie – Czy powyższy zapis oznacza konieczność przebudowy istniejącego systemu sterowania firmy Honeywell jako jedyne systemu sterowania BPG, czy Zamawiający dopuszcza możliwość dostarczenia nowego systemu sterowania BPG klasy DCS, z częściowym wykorzystaniem istniejących elementów takich jak skorupy szaf systemowych, elementy zasilające lub elementy sieciowe?

Odpowiedź – Zamawiający wyjaśnia, że dla realizacji Zamówienia wymaga wykorzystania urządzeń i instalacji wymienionych w punkcie 8 załącznika nr 1 do Umowy (Cz. II SIWZ). Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że instalacje oraz urządzenia (wraz z wyposażeniem szaf) są wymienione w Dokumentacji Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego powyższe wskazuje bez żadnych wątpliwości, że Zamawiający oczekuje dokończenia/przebudowy istniejącego systemu Honeywell.

Odwołujący wskazał, że elementy, którymi dysponuje Zamawiający i które ma obowiązek wykorzystać wykonawca, zostały wskazane przez Zamawiającego w udostępnionej wykonawcom dokumentacji technicznej postępowania, m.in. w następujących dokumentach:

- 1) CC450-0900-LIS-HON-045-041 -0001 -01 Lista materiałowa i wykaz licencji.pdf;

Elementy oznaczone jako HON w zdecydowanej większości są produkcji Honeywell i spośród oferentów, którzy przystąpili do przetargu tylko Honeywell ma wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania Aplikacji w oparciu o te elementy

- 2) Spis inwentarza szaf DCS (hardware).pdf;

Całe szafy zostały dostarczone przez Honeywell. Dodatkowo część elementów wewnątrz szafy jest produkcji Honeywell, a część to produkty dostępne, które potencjalnie może zastosować każdy inny wykonawca.

- 3) CABINAS STALOWA.pdf;

Dokument zawiera elementy wskazane w dokumentach wskazanych powyżej, z tym że w formie obrazkowej.

4) 620172 - Tauron - CCGT Stalowa Wola - Lista sprzętu.docx.

Dokument przedstawia listę sprzętu i licencji Honeywell, które trzeba dostarczyć by dokończyć system sterowania zgodnie z wymaganiami zamawiającego, w szczególności mając na uwadze następujące punkty Załącznika Nr 1 do umowy:

- pkt 6.1.2 – System DOS będzie tak zaprojektowany i oprogramowany, aby nie było możliwe sterowanie z dwóch miejsc tego samego urządzenia jednocześnie,
- pkt 6.1.3 – Platforma systemowa DOS musi być oparta o jedną systemową bazę danych dla potrzeb obsługi wszystkich węzłów i warstw DOS obsługiwaną przez jedno systemowe narzędzie inżynierskie opracowane i dostarczone przez producenta platformy systemowej DCS,
- pkt 6.1.4 – Platforma systemowa DCS musi być oparta o jedną wspólną dla wszystkich komponentów systemowych DCS (stacje procesowe, stacje operatorskie, serwery systemowe, serwery usług etc.) redundantną magistralę systemową,
- pkt 6.1.6 – Wszystkie moduły I/O platformy systemowej DCS muszą być wyprodukowane przez jednego producenta i w miarę możliwości mają być maksymalnie zunifikowane pod względem dostarczanych modeli modułów, tak aby maksymalnie uprościć i zoptymalizować gospodarkę remontową Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, z uwagi na postanowienia SIWZ, treść pytań i odpowiedzi, a także zawartość ww. dokumentów składających się na Dokumentację Zamawiającego, nie ma wątpliwości, że do przedmiot zamówienia nie może być zrealizowany bez udziału w charakterze podwykonawcy Odwołującego (względnie innej spółki z grupy Honeywell). Tylko ten podmiot, jako producent sprzętu i oprogramowania będącego aktualnie w posiadaniu przez Zamawiającego, posiada odpowiednią wiedzę, know-how i doświadczenie umożliwiające dokończenie/przebudowę systemu o takich parametrach i właściwościach. Jest to wiedza powszechnie dostępną dla wszystkich podmiotów działających na przedmiotowym rynku. Konstrukcja sprzętu (hardware) wymusza pewne rozwiązania w zakresie oprogramowania (software), tym samym uniemożliwiając skorzystanie z innych rozwiązań w tym zakresie. Skoro częścią istniejącego systemu są elementy produkcji Honeywell, to siłą rzeczy elementy dotyczące oprogramowania również muszą być oparte o rozwiązania Honeywell. W związku z powyższym Emerson, składając oświadczenie o realizacji przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawców, usiłował wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Odwołujący podniósł, że drugi przypadek wprowadzenia Zamawiającego w błąd dotyczy wymogu odnoszącego się do dostawy układu ARNE, tj. Automatycznej Regulacji

Napięcia Elektrowni. Zgodnie z pkt 3.1.3 Załącznika Nr 1 do umowy Przedmiot Umowy obejmuje następujące usługi:

Ppkt 23 w zakresie systemu ARNE Wykonawca:

- a) wykona projekt wykonawczy kontrolera ARNE i wytyczne do przygotowania projektu instalacji zewnętrznych;
- b) opracuje wymagania odnośnie wymiany danych pomiędzy kontrolerami ARST/ARNE a kontrolerem ARNE;
- c) uzupełni i uruchomi zainstalowany system ARNE do EC Stalowa Wola, wykona testy komunikacyjne ARNE;
- d) ustawi i skalibruje pętle sterowania.

Odwołujący oświadczył, że w realiach polskich Emerson nie jest w stanie samodzielnie wykonać przedmiotu zamówienia w ww. zakresie. Zdaniem Odwołującego, Emerson zdaje sobie sprawę, a w każdym razie powinien sobie zdawać sprawę, że tego rodzaju czynności mogą być wykonane właściwie tylko przez jeden podmiot, tj. Instytut Energetyki, oddział w Gdańsku. Instytut Energetyki jest instytutem badawczym prowadzącym badania naukowe i prace wdrożeniowe w dziedzinach prognozowania i programowania rozwoju energetyki, wytwarzania, przesyłania, rozdzielania i użytkowania energii elektrycznej i ciepłej, niekonwencjonalnych źródeł energii. Dotychczas Instytut Energetyki Oddział Gdańsk wprowadzał do ruchu układy automatycznej regulacji napięcia typu ARNE we wszystkich elektrowniach systemowych w Polsce (na dowód czego Odwołujący powołał wydruk ze strony internetowej Instytutu Energetyki Oddział Gdańsk <http://www.ien.qda.pl/pl/paqe/32>). Instytut jest jedynym podmiotem na obszarze Polski, który ma odpowiednią wiedzę, know-how i doświadczenie umożliwiające mu realizację tej części zamówienia. Jest to wiedza powszechnie dostępna, potwierdzona dodatkowo faktem realizacji dostaw w tym zakresie dla wszystkich elektrowni systemowych w Polsce. W konsekwencji, również w tym przypadku Emerson składając oświadczenie o realizacji przedmiotu zamówienia samodzielnie, bez udziału podwykonawców, usiłował wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Odwołujący podniósł, że w stosunku do profesjonalistów miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, ponieważ określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawcę działalności. Tak określona należyta staranność wymaga od wykonawcy, aby składając oświadczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, upewnił się, że to, co oświadcza, odpowiada prawdzie. Wykonawca składający ofertę zobowiązany jest zgodnie z art. 355 Kc dołożyć szczególnej staranności przy sporządzaniu oświadczeń

składanych wraz z ofertą, w celu uzyskania zamówienia publicznego. W związku z tym Emerson co najmniej powinien mieć świadomość tego, że przekazuje informacje wprowadzające w błąd, przy czym informacje te mają charakter informacji wpływających na decyzję Zamawiającego. W każdym razie, opisane powyżej okoliczności przesądzają o konieczności odrzucenia oferty Emerson z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia badania i oceny ofert w tym: wykluczenia wykonawcy Emerson i odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Emerson Process Management Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na polegającej niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6, względnie pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 4.2.5 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny):

- podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji Przedmiotu Zamówienia.
- wykonawca podaje cenę w Formularzu Oferty.
- wykonawca sporządza i przedstawia w ofercie kalkulację ceny wg wymogów określonych w Załączniku nr 3 do Części II SIWZ.

W punkcie 4.4 SIWZ (Kryterium oceny ofert) Zamawiający podał, że dokona wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie jednego kryterium — ceny ofertowej brutto (waga -

100%). W ramach tego kryterium będzie oceniana cena ofertowa za wykonanie zamówienia podstawowego wraz z zamówieniem objętym prawem opcji.

W punkcie 2.5 SIWZ Zamawiający poinformował, że: przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji. W ramach tego prawa *wykonawca dostarczy symulator narzędzie softwareowe umożliwiające modelowanie dynamiczne procesów przemysłowych dla celów szkoleniowych personelu eksploatacyjnego Zamawiającego. Zakres praw i obowiązków Wykonawcy i Zamawiającego realizowanych w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji będzie odpowiadał zakresowi praw i obowiązków Wykonawcy i Zamawiającego w ramach zamówienia podstawowego.*

W załączniku nr 3 do umowy Zamawiający określił wzór Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, w którym podał m. in., że *wykonawca wpisze kwoty Wynagrodzenia Umownego Netto w PLN za poszczególne Etapy Realizacji, z uwzględnieniem wskazówek odnośnie wartości tych kwot podanych przez Zamawiającego jako procent Wynagrodzenia Umownego Netto. (...) Suma wynagrodzenia netto za wszystkie Etapy Realizacji równa się Wynagrodzeniu Umownemu Netto. (...) Wykonawca wpisze obliczoną kwotę brutto za realizację poszczególnych Etapów Realizacji. Kwota brutto jest sumą wartości Etapu Realizacji netto i podatku VAT. Suma wynagrodzenia brutto za wszystkie Etapy Realizacji równa się Wynagrodzeniu Umownemu.*

Zgodnie z definicją zawartą we wzorze umowy oznacza wynagrodzenie brutto Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu Umowy, wyrażone w złotych (PLN). Wynagrodzenie Umowne obejmuje podatek od towarów i usług (podatek VAT) lub podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów wykonanie Przedmiotu Umowy podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym i jeżeli do jego rozliczenia będzie obowiązany Wykonawca. Wynagrodzenie Umowne nie obejmuje wynagrodzenia za dostawę Symulatora.

Przystępujący w formularzu oferty zaoferował wykonanie zamówienia za cenę brutto 9.594.000,00 PLN (cena netto 7.800.000,00 PLN, kwota podatku VAT 1.794.000,00 PLN). Zgodnie z formularzem oferty, na cenę ofertową brutto składa się:

- cena brutto za zamówienie podstawowe: 8.979.000,00 PLN, w tym cena netto w wysokości: 7.300.000,00 PLN, kwota podatku VAT w wysokości: 1.679.000,00 PLN,
- cena brutto za zamówienie objęte prawem opcji: 615.000,00 PLN, w tym: cena netto w wysokości: 500.000,00 PLN, kwota podatku VAT w wysokości 115.000,00 PLN.

Przystępujący złożył wypełniony Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, w którym podał wartość wynagrodzenia za poszczególne etapy realizacji zamówienia, którego udział

w wynagrodzeniu umownym był równy progom maksymalnym określonym przez Zamawiającego. Suma wartości poszczególnych etapów wyniosła 9.594.000,00 zł, tj. wartość równą cenie zaoferowanej za realizację zamówienia podstawowego i zamówienia objętego prawem opcji.

Pismem z 8 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o poprawieniu – na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – omyłek w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym. Zamawiający wskazał, że wykonawca omyłkowo w wynagrodzeniu ujętym w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym ujął obok wynagrodzenia za zamówienie podstawowe wynagrodzenie za zamówienie objęte prawem opcji, dlatego też Zamawiający dokonał odpowiednich korekt Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, zgodnie z wartościami % poszczególnych Etapów Realizacji. Przystępujący poinformował Zamawiającego, że wyraża zgodę na poprawienie omyłek we wskazany w piśmie Zamawiającego sposób.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (pkt 2) oraz jeżeli oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny (pkt 6). Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne 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.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SIWZ, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że nie ma wątpliwości, że w ofercie Przystępującego wystąpiła niezgodność z treścią SIWZ, polegająca na ujęciu w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym nie tylko wynagrodzenia za wykonanie zamówienia podstawowego, ale również za wykonanie zamówienia objętego prawem opcji, co było niezgodne z instrukcją zamieszczoną przez Zamawiającego we wzorze załącznika nr

3 do umowy. Jednocześnie stwierdzić należy, że nie ma podstaw zakładać, że Przystępujący z premedytacją złożył Harmonogram Rzeczowo-Finansowy w oczywisty sposób niespełniający jednej z wytycznych określonych przez Zamawiającego. Przeciwnie, mogło to wynikać z omyłkowego niedostrzeżenia oczekiwań Zamawiającego, który określając instrukcję wypełniania Harmonogramu nie podał wprost, że wpisać w nim należy tylko wartości dotyczące zamówienia podstawowego, a posłużył się pojęciem wynagrodzenia umownego, którego definicję zamieścił we wzorze umowy. Zauważyć również należy, że po poprawieniu spornej omyłki Przystępujący wyraził pisemną zgodę na jej poprawienie, co pozwala uznać uchybienie w ofercie za skutek niezamierzonego błędu (omyłki).

Nie jest również tak, jak twierdził Odwołujący, że Zamawiający nie miał wiedzy, w jaki sposób może ofertę Przystępującego poprawić. W ocenie Izby poprawienie omyłki jest możliwe na podstawie danych zawartych w ofercie. Zamawiający poprzez wykonanie prostych działań matematycznych był w stanie poprawnie ustalić, jaka powinna być wartość poszczególnych etapów realizacji zamówienia, bez uwzględnienia prawa opcji. Ponieważ Zamawiający znał cenę za wykonanie zamówienia podstawowego oraz cenę za wykonanie zamówienia objętego prawem opcji, a wycena poszczególnych etapów została dokonana na poziomie maksymalnych progów maksymalnych określonych przez Zamawiającego, nie było innego, poprawnego pod względem logicznym i matematycznym, sposobu poprawienia omyłki w Harmonogramie.

W ocenie Izby nie sposób przyjąć, że poprawienie oferty doprowadziło do istotnych zmian jej treści, tj. do zmiany istotnych elementów oświadczenia woli wykonawcy. Przede wszystkim dokonane zmiany w żadnej mierze nie wpływają na ocenę oferty, która podlega punktacji wyłącznie pod kątem ceny ofertowej brutto, obejmującej cenę za wykonanie zamówienia podstawowego wraz z zamówieniem objętym prawem opcji. Dokonane poprawki nie skutkują zmianą ani w zakresie ceny całkowitej, ani też ceny za wykonanie zamówienia podstawowego oraz za wykonanie zamówienia objętego prawem opcji. W wyniku poprawienia omyłki zmianie nie uległ także procentowy udział wartości poszczególnych etapów w wynagrodzeniu umownym. Wartości podane w Harmonogramie mają znaczenie z punktu widzenia płatności częściowych, przy czym mają one z tego punktu widzenia sens jedynie w przypadku ich wyszczególnienia w odniesieniu do zamówienia podstawowego odrębnie, nie wiadomo bowiem, czy zamówienie objęte prawem opcji będzie w ogóle realizowane. Nie ma więc podstaw do stwierdzenia, że doprowadzenie Harmonogramu do zgodności z wytycznymi podanymi przez Zamawiającego skutkuje istotną zmianą oświadczenia woli wykonawcy.

Chybione jest upatrywanie w sposobie wypełnienia Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego błędu w obliczeniu ceny. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie wskazał

żadnych okoliczności, które mogłyby świadczyć o tym, że cena ofertowa, tj. cena podana formularzu oferty, została obliczona błędnie. Stanowisko Odwołującego sprowadzało się jedynie to twierdzenia, że o wystąpieniu takiego błędu świadczy wpisanie do Harmonogramu wartości obejmujących zarówno zamówienie podstawowe, jak i zamówienie objęte prawem opcji. Okoliczność ta nie może jednak świadczyć o merytorycznie czy matematycznie błędnym obliczeniu ceny, a jedynie o prezentacji rozbicia nie tej wartości, której oczekiwał Zamawiający, a którą bez żadnych wątpliwości dało się ustalić i zaprezentować w sposób prawidłowy.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że czynności Zamawiającego nie stanowiły naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 36b ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 2.1.1 SIWZ: *przedmiotem zamówienia jest uzupełnienie dostaw w zakresie określonym w SIWZ, montaż, uruchomienie i optymalizacja DCS i systemów pomocniczych (3rd party) dla potrzeb bloku gazowo-parowego w Elektrociepłowni Stalowa Wola S.A. Realizacja przedmiotu zamówienia związana jest z realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Dokończenie budowy Bloku Gazowo-Parowego w Elektrociepłowni Stalowa Wola S.A. Zgodnie z art. 1 ust. 2 umowy: stan zaawansowania realizacji DCS na terenie Elektrociepłowni Stalowa Wola S.A., w tym wykaz urządzeń do wykorzystania i zakres okablowania wykonanego w związku z tą realizacją opisane są w Załączniku nr 1 do Umowy. W Załączniku tym opisany jest także szczegółowy zakres prac stanowiący Przedmiot Umowy oraz wymagania odnośnie warunków technicznych ich wykonania.*

Przystępujący w ofercie oraz w formularzu JEDZ poinformował, że nie będzie korzystać z usług podwykonawców.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stosownie do art. 36b ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.

Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego naruszenia przytoczonych wyżej przepisów.

Zarzuty odwołania zostały oparte na tezie, jakoby wykonawcy zobowiązani byli do wskazania w ofercie, że część zamówienia dotycząca systemu DCS zostanie powierzona – jako podwykonawcy – Odwołującemu lub innej spółce z grupy Honeywell oraz że część zamówienia dotycząca układu ARNE zostanie powierzona Instytutowi Energetyki Oddział w Gdańsku, przy czym teza ta w żadnej mierze nie została udowodniona. Podkreślenia wymaga, że to na Odwołującym – stosownie do art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 Kc – spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał ani tego, że zamówienia nie da się wykonać bez udziału podwykonawców, ani tego, że oświadczenie o braku zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcom wyczerpywało przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odnosząc się do konieczności udziału Odwołującego w wykonywaniu zamówienia, twierdzenia w tym zakresie pozostały całkowicie gołosłowne. Odwołujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie wskazał, co stoi na przeszkodzie wykonaniu zamówienia bez jego udziału. Odwołał się jedynie do bliżej niesprecyzowanego doświadczenia i know-how, którym dysponuje tylko Odwołujący lub spółki z jego grupy kapitałowej, nie skonkretyzował jednak żadnych przyczyn natury faktycznej lub prawnej, powodujących obiektywną niemożliwość wykonania zamówienia bez jego udziału. Odwołujący nie zaprzeczył też twierdzeniom Zamawiającego, że przeszkodą taką nie jest istnienie jakichkolwiek praw wyłącznych po stronie Odwołującego, a Zamawiający dysponuje wszelkimi licencjami i prawami zależnymi do posiadanym elementom systemu.

Za dowód, który potwierdzałby słuszność tez Odwołującego, nie może być uznany wyciąg z dokumentacji technicznej Zamawiającego ani też sporządzona przez Odwołującego lista licencji i sprzętu niezbędnego do zakończenia zadania. Pierwszy z tych dokumentów stanowi element dokumentacji postępowania, nie jest natomiast dowodem potwierdzającym słuszność interpretacji i wniosków, które Odwołujący z tej dokumentacji wyprowadza. Z kolei sporządzona przez Odwołującego lista licencji i sprzętu ma jedynie walor stanowiska strony postępowania odwoławczego co do sposobu realizacji zamówienia.

Zauważenia wymaga, że nawet jeśli dokończenie realizacji systemu wykonywanego wcześniej przez innego wykonawcę może wiązać się z określonymi trudnościami, to nie można tego utożsamiać z brakiem możliwości wykonania takiego zadania i skorelowanym z tym obowiązkiem zadeklarowania udziału podwykonawcy. Przystępujący składając ofertę wziął na siebie zobowiązanie do wykonania wymaganych elementów przedmiotu zamówienia. Zobowiązanie to stanowi ryzyko biznesowe wykonawców, którzy biorą je na siebie uwzględniając własne możliwości wynikające z ich wiedzy i doświadczenia oraz możliwości technicznych, a niewywiązanie się z niego skutkować będzie odpowiedzialnością kontraktową.

Nie można też nie zauważyć, że przyjęcie stanowiska Odwołującego o koniecznym udziale w realizacji zamówienia Odwołującego lub spółek z jego grupy kapitałowej prowadziłoby de facto do wyłączenia lub istotnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu, Odwołujący mógłby bowiem uniemożliwić lub co najmniej utrudniać innym wykonawcom uzyskanie zamówienia. Wobec niewykazania przez Odwołującego merytorycznej zasadności jego stanowiska, zarzuty odwołania w tym zakresie należy poczytać jedynie za próbę korzystnego dla Odwołującego ukształtowania przebiegu i wyniku postępowania, nie zaś za dążenie do ochrony Odwołującego przed działaniami Zamawiającego niezgodnymi z prawem.

Odwołujący nie wykazał również, aby zamówienie w zakresie układu ARNE nie mogło być zrealizowane bez udziału – jako podwykonawcy – Instytutu Energetyki Oddział w Gdańsku. Złożona na rozprawie oferta, którą Odwołujący uzyskał od tego Instytutu, stanowi jedynie dowód tego, że podmiot ten wykonuje dostawy układu ARNE, nie sposób jednak wyprowadzić z tego wniosku, że jest to jedyny podmiot mogący takie dostawy wykonać. Również wskazana w odwołaniu okoliczność, że Instytut Energetyki Oddział w Gdańsku wprowadzał do ruchu układy ARNE we wszystkich elektrowniach systemowych w Polsce, nie oznacza, że żaden inny podmiot nie może tego zrobić.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zarzuty związane z oświadczeniem Przystępującego w przedmiocie podwykonawstwa są niezasadne już tylko z uwagi na fakt, że zostały oparte na gołosłownych, niepopartych żadnymi dowodami tezach.

Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, że Odwołujący nie wykazał zasadności zastosowania do oświadczenia Przystępującego w zakresie podwykonawstwa dyspozycji przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, tj. nie wykazał, czy i w jaki sposób mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd oraz jaki mogło wywrzeć wpływ na decyzje Zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że oświadczenia Przystępującego dotyczące podwykonawców, zawarte w formularzu oferty oraz w JEDZ, są nieprawdziwe. Odnosząc się tej tezy zauważyć należy, że deklaracja w przedmiocie podwykonawstwa jest informacją o określonym zamiarze wykonawcy, to trudno rozpatrywać ją w kategoriach informacji nieprawdziwej, wprowadzającej w błąd, rozumiany jako wywołanie u Zamawiającego błędnego przekonania o rzeczywistości, jest to bowiem wypowiedź o zamiarach/intencjach wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia, a nie o faktach. Ze stanowiska Odwołującego nie wynika również, w jaki sposób informacja w tym zakresie miałaby wpłynąć na decyzje Zamawiającego, tj. jak Zamawiający powinien się zachować w zależności od tego, czy wykonawca wskazał na zamiar korzystania z podwykonawców, czy też na brak takiego zamiaru.

Podobnie, Odwołujący nie wykazał, na czym w takiej sytuacji polega niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ. W tym zakresie w odwołaniu nie przedstawiono nawet żadnego merytorycznego wyводу.

Biorąc powyższe pod uwagę, zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 36b ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za niezasadne.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972).

Przewodniczący: