

Sygn. akt: KIO 383/16

WYROK
z dnia 29 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Andrzej Niwicki
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2016r. **przez odwołującego: Control Process S.A. ul. Obrońców Modlina 16; 30-733 Kraków** w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego: TAURON WYTWARZANIE Spółka Akcyjna ul. Promienna 51; 43-603 Jaworzno**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: FAMUR FAMAK S.A. z siedzibą w Kluczborku (Lider Konsorcjum); RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu (Członek Konsorcjum) na adres Lidera ul. Fabryczna 5; 46- 200 Kluczbork** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ERBUD INDUSTRY- ERBUD Sp. z o.o. z s. w Toruniu (Lider Konsorcjum), ERBUD S.A. z s. w Warszawie (Członek Konsorcjum), na adres Lidera ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Warbud S.A. z s. w Warszawie (Lider Konsorcjum), Transsystem Sp. z o.o. z s. w Łąncucie (Członek Konsorcjum), Financing& Manufacturing & Know-How Sp.**

z o.o. z s. Kluczborku, na adres Lidera ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Control Process S.A. ul. Obrońców Modlina 16; 30-733 Kraków i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 **zł 00 gr**
(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Control Process S.A. ul.
Obrońców Modlina 16; 30-733 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Pismem z dnia 14 marca 2016 r. wykonawca Control Process S.A. ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez TAURON WYTWARZANIE Spółka Akcyjna ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno zwany dalej „odwołującym”.

Prowadzone przez zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy: „Zaprojektowania, montażu, uruchomienia, wykonania ruchu próbnego oraz przekazania do eksploatacji II części układu nawęglania zewnętrznego dla potrzeb nowego bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy 910 MWe w TAURON Wytwarzanie S.A. - Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie, znak postępowania: 2015/TW-E01/TW-E01/02525/L

Odwołanie zostało wniesione z przywołaniem art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) - dalej zwanej „Ustawą” lub „PZP”.

Zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2015/S 188- 341722 z dnia 24.09.2015 r. oraz na stronie internetowej Zamawiającego - 24.09.2015 r. (zwanym dalej „Postępowaniem”).

Odwołanie wniesiono na następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

- a) dokonanie wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WARBUD S.A (ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa), Transsystem Sp. z o. o. (Wola Dalsza 367, 37-100 Łańcut) i Financing&Manufacturing&Know-How Sp. z o. o. (Krasków 80, 46-200 Kluczbork), zwanych dalej „Warbud” lub „konsorcjum Warbud”;
- b) zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Warbud i oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Erbud Industry Sp. z o. o. (ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń) i Erbud SA. (ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa), zwanych dalej „Erbud” lub „konsorcjum Erbud”.
- c) zaniechaniu wykluczenia konsorcjum Erbud;
- d) z ostrożności zaniechanie wezwania Warbud i Erbud do uzupełnienia brakujących oświadczeń lub dokumentów.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania w stosunku do oferty Warbud i oferty Erbud w sytuacji, gdy treść oferty Warbud i treść oferty Erbud są niezgodne z treścią SiWZ;
2. art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez błędną wykładnię i bezpodstawne zastosowanie polegające na poprawieniu w ofercie Warbud błędów nie będących omyłkami

polegającymi na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, powodujących istotną zmianę w treści oferty;

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania poprzez wykluczenie z postępowania konsorcjum Erbud;

4. z ostrożności art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania poprzez zaniechanie wezwania- Warbud i Erbud do uzupełnienia brakujących w ofercie oświadczeń lub dokumentów.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Odrzucenia oferty Warbud i oferty Erbud;
3. Wykluczenia z postępowania wykonawcy Erbud;
4. Dokonania ponownej oceny ofert.

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej odwołujący otrzymał w dniu 03.03.2016 r. zatem odwołanie jest wniesione w terminie przepisany.

W uzasadnieniu przedstawiono argumentację formalną i prawną.

I. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Warbud.

1. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego

HRF sporządzony zgodnie z zasadami przedstawionymi w Załączniku nr 3 do Umowy (Część C.2 SIWZ). Jednocześnie, zgodnie z założeniami wynikającymi z Załącznika nr 3 do Umowy (Część C.2 SIWZ), w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym należało uwzględnić fakt, że termin zakończenia każdego Etapu Realizacji i sporządzania Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji następuje najpóźniej do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca. Zamawiający podkreślił również, że Harmonogram Rzeczowo-Finansowy przygotowywany przez Wykonawcę w Ofercie musi być zgodny z zapisami § 4 Umowy i Załącznika nr 6 do Umowy, a także musi zawierać wymienione kluczowe etapy Realizacji Umowy oraz uwzględniać fakt, że podpisanie Protokołu Przejęcia Układu Nawęglania do Eksploatacji musi nastąpić nie później niż do dnia 15 marca 2019 r. Ponadto, Zamawiający wymagał powiązania Harmonogramu Rzeczowo- Finansowego z Ramowym Harmonogramem Realizacji Umowy (Załącznik nr 4 do Umowy). Etapy Realizacji zawarte w HRF musiały znaleźć swoje odzwierciedlenie w RHRU.

b. W świetle powyższego wydaje się oczywistym, że Zamawiający przygotowując dokumentację przetargową w sposób jasny i precyzyjny zdefiniował rolę HRF jako istotnego elementu treści oferty, który musi odpowiadać treści SIWZ i co do zasady nie może podlegać zmianom lub uzupełnieniom |po upływie terminu składania ofert. Powyższą okoliczność potwierdza zresztą treść wzorca umowy (Część C.1. SIWZ), gdzie w § 1 ust. 1.5, Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że „dla uniknięcia wątpliwości, w szczegółowym

Harmonogramie Realizacji Umowy nie mogą być zmieniane terminy wykonania kluczowych czynności określone w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy".

c. Analizując ofertę Konsorcjum Warbud należy stwierdzić, że zawiera błędy w poz. 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 33 HRF, polegające na nieprawidłowym (niezgodnym z SIWZ) oznaczeniu dat zakończenia poszczególnych etapów pracy, wchodzących w skład całościowego przedmiotu zamówienia. W związku z tym doszło do złożenia oferty o treści niezgodnej z treścią SIWZ, tj. Załącznikiem nr 3 do Umowy (Część C.2 SIWZ).

d. Zgodnie z wytycznymi zawartymi przez zamawiającego w treści Załącznika nr 3 do Umowy (Część C.2. SIWZ) stanowiącymi instrukcję wypełnienia HRF, Zamawiający wymagał powiązania Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego z Ramowym Harmonogramem Realizacji Umowy (Załącznik nr 4, do Umowy). Etapy realizacji zawarte w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym muszą znaleźć swoje odzwierciedlenie w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy. Zgodnie z treścią § 1 ust. 1.5 wzorca umowy (Część C.1. SIWZ): „Nie później niż 30 (trzydzieści) dni przed protokolarnym przejęciem od Zamawiającego Terenu Budowy/Wykonawca sporządzi i uzgodni z Zamawiającym szczegółowy Harmonogram Realizacji Umowy. W szczegółowym Harmonogramie Realizacji Umowy Wykonawca uwzględni wszystkie terminy podane w Załączniku nr 4 do Umowy (Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy). Szczegółowy Harmonogram Realizacji Umowy" będzie doprecyzowany zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zamieszczonymi w Załączniku nr 4 do umowy, w tym o wszystkie powiązania logiczne. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe wykonanie logik połączeń. Dla uniknięcia wątpliwości, w szczegółowym Harmonogramie Realizacji Umowy nie mogą być zmieniane terminy wykonania kluczowych czynności określone w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy."

e. Oznacza to, że Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy powinien UWZGLĘDNIĄĆ TERMINY z Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego. Tymczasem pozycji 35, 36 i 37 HRF Warbudu nie ma w RHRU. Dodatkowo, należy podnieść, że daty zakończenia poszczególnych etapów w HRF nie korelują z datami zakończenia ich odpowiedników w RHRU.

f. Projektując treść SIWZ, Zamawiający w sposób szczególny podkreślał rangę RHRU, poprzez dodatkowe wskazanie, że w szczegółowym Harmonogramie Realizacji Umowy nie mogą być zmieniane terminy wykonania kluczowych czynności określonych właśnie w RHRU. Zmiany takie teoretycznie nie mogą zatem polegać nawet na sprostowaniu, a tym bardziej uzupełnieniu RHRU, w sytuacji w której Konsorcjum Warbud całkowicie zaniechało obowiązku uwzględnienia w RHRU pozycji 35, 36 i 37 Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego.

g. Zgodnie z wymaganiami SIWZ (potwierdzonymi w wyjaśnieniach z dnia 03.10.2015 r. udzielonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 39), Zamawiający wymaga przeprowadzenia próby 72-godzinnej podczas Ruchu Próbnego Bloku (czyli po 07.01.2019 r.), natomiast Konsorcjum Warbud - sporządziło Ramowy Harmonogram Realizacji Urnowy, w którym zakończenie tego etapu prac przypada na dzień 13.06.2018, tj. pół roku przed rozpoczęciem Ruchu Próbnego Bloku.

h. Zgodnie z warunkami wskazanymi w punkcie 6.5.3.4. Załącznika nr 14 do Umowy (część C.2. SIWZ), Zamawiający wymaga przeprowadzenia próby 72-godzinnej bezusterkowej i nieprzerwanej pracy Układu Nawęglania podczas Ruchu Próbnego Bloku. Jak wynika z wyjaśnień treści SIWZ z dnia 03.10.2015 r. udzielonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 39, termin rozpoczęcia Ruchu Próbnego Bloku realizowany będzie od 07.01.2019 r. W RHRU załączonym do oferty Konsorcjum Warbud, termin zakończenia etapu próby 72-godzinnej bezusterkowej i nieprzerwanej pracy Układu Nawęglania został wyznaczony z kolei na 13.06.2018 r., tj. przeszło pół roku przed faktycznym rozpoczęciem Ruchu Próbnego Bloku, co uniemożliwia w tym czasie przeprowadzenia szeregu prac wyszczególnionych w harmonogramie, które jednocześnie korelowałyby z datą rozpoczęcia tego etapu.

i. Zgodnie z SIWZ (odp. na pytanie 482) Program Zapewnienia i Kontroli Jakości powinien być wykonany i przekazany Zamawiającemu nie później niż 3 miesiące od zawarcia Umowy, Natomiast Warbud w HRF (poz. ,6) i w RHRU (poz. 9) przewidział realizację ww. czynności z dniem 30.07.2016 r. zamiast 26.03.2016 r., co stanowi sprzeczność z treścią SIWZ powodującą obowiązek odrzucenia oferty Warbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Zamawiający w dniu 09.12.2015 r. poprawił powyższą niezgodność w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co jednak nie powinno wywołać skutków prawnych, ze względu na bezpodstawne zastosowanie ww. przepisu (w ofercie Warbud jest istotny błąd, a nie omyłka).

j. Kolejne błędy w HRF i RHRU dotyczą kilku innych pozycji, w których Warbud przewidział zakończenie czynności przygotowujących Układ Nawęglania do Ruchu Próbnego i sam Ruch Próbnym w 2018 roku. Jak już zostało wspomniane, odpowiedzią nr 39 z dnia 03.10.2015 r. Zamawiający wskazał, że Ruch odbywać od 7 stycznia 2019 r. i należało to uwzględnić w harmonogramach. W związku z tym nie można było w zgodzie z SIWZ oferować realizacji jakichkolwiek elementów związanych z Ruchem Próbnym w innych terminach. Tymczasem Warbud ewidentnie ww. wymagań nie uwzględnił w ofercie i całkowicie dowolnie, inaczej niż chciał Zamawiający, zaprezentował swój wariant czasowy rozruchu.

k. Poz. 30 HRF (zakończenie ruchu Regulacyjnego Układu Nawęglania) wskazuje na 29.05.2018, czyli znowuż pół roku przed terminem wymaganym. Kolejne błędy z tej kategorii zawierają poz. 53, 57, 58, 59 i 60 RHRU. Każdorazowo określone czynności

przygotowujące Układ Nawęglania do Ruchu Próbnego i sam Ruch Próbnny przewidziano do1 wykonania sprzecznie SIWZ (odp. nr 39). Zarówno w RHRU Jaki I HRF.

I.Zamawiający pismem z dnia 04.02.2016 poprawił te błędy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co jest działaniem absolutnie niedozwolonym i nieskutecznym, gdyż Zamawiający narzucił terminy wykonania niektórych zobowiązań umownych , czyli istotne elementy każdej oferty. Ilość błędów oraz ich charakter (istotna część oferty) nie pozwalają ich traktować jako omyłek o których mowa ww. przepisie. Zarazem fakt dokonania poprawki i zgoda na nie Warbud-u świadczy, iż ustalenia faktyczne (niezgodność z SIWZ) są bezsporne między stronami i tylko kwalifikacja prawna jest inna. W ocenie odwołującego zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, na co wskazują następujące orzeczenia:

i. wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1222/12): „Uwzględniając wyżej zamieszczone wywody należy jednoznacznie podnieść, że proces poprawiania omyłek nie może prowadzić do znaczącej ingerencji Zamawiającego w treść złożonej oferty, a omyłka w treści oferty nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy.

ii.wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2011 r.({sygn. akt KIO 1252/11). „Izba przyznała rację zamawiającemu, iż w kosztorysie ofertowym odwołującego znalazły się takie błędy, które nie były możliwe do skorygowania w oparciu o art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Prawdą jest, że możliwość poprawy drobnych błędów w ofercie na podstawie ww, w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie zamawiającego obowiązek ich poprawy nie ma charakteru nieograniczonego. Jeśli obowiązek poprawy wymaga samodzielnego działania zamawiającego, a do tego sprowadza się przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, możliwość poprawienia błędu musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełniania. W ocenie izby, nie zachodziły przesłanki do poprawy oferty odwołującego, która we wskazanych wyżej częściach jest sprzeczna z treścią SIWZ, a jej poprawienie spowodowałoby istotną zmianę jej treści, chociażby ze względu na zmianę zakresu rzeczowego robót i zmianę rodzaju materiałów. Omyłki podlegające poprawieniu to takie, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty, a ponadto w ocenie Izby takie, które są możliwe do poprawienia przez Zamawiającego bez konieczności uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień od wykonawcy”.

iii. Wyrok SO w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII GA 429/09): Trzeba też, wskazać, że art. 87 ust 2 pkt 3) wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek; dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu “omyłki“.

iv. Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1127/10), Wyrok KIO z dnia 18 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 780/10); Wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 447/10), Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1651/09), Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1396/09).

m. Jednocześnie należy podkreślić, że harmonogramy ofertowe stanowią integralną część oferty i kreują zakres świadczenia wykonawcy. Wszelkie różnice pomiędzy harmonogramami zaproponowanymi przez wykonawcę a wymaganiami SIWZ zasadniczo dyskwalifikują ofertę. Potwierdza to stanowisko orzecznictwo:

i. wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. (sygn. akt V Ga 40/09), z którego wynika, że: „O niezgodności oferty z treścią SIWZ można bowiem mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez zamawiającego (Wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r; sygn. akt KIO/UZP 62/09) Harmonogram rzeczowo - finansowy złożony pierwotnie przez Wykonawcę w sposób oczywisty nie zapewniał realizacji zamierzenia w sposób opisany przez Zamawiającego choćby z tej przyczyny, iż uniemożliwiał pozyskanie środków na prowadzenie inwestycji, która miała być prowadzona etapami. Można oczywiście zaakceptować stanowisko KIO, iż skutki wynikające z wypełnienia harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiącego zał. nr 5 do formularza ofertowego nie zostały jednoznacznie opisane w SIWZ. Zauważyć jednak trzeba, iż z zapisu SIWZ wynika wyraźnie, że jednym z wymagań stawianych przez Zamawiającego jest załączenie harmonogramu rzeczowo - finansowego do wypełnienia w zakreślonych kolorem polach”, Powyższe sformułowanie zdaniem Sądu nie nastrocza wątpliwości interpretacyjnych, które z zastosowaniem literalnej wykładni oznacza, iż Wykonawca winien wypełnić tylko pola zakreślone kolorem. Gdyby bowiem Zamawiający nie stawiał takiego wymagania sformułowanie "do wypełnienia w zakreślonych kolorem polach" w ogóle nie zostałoby w postanowieniach SIWZ umieszczone - wtedy też należałoby wypełnić wszystkie pola harmonogramu. Znamienne jest przy tym, iż tylko Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Ł. Sp. Z o.o. z siedzibą w Tarnowie polecenie owo zrozumiała opacznie, zaś pozostali Wykonawcy złożyli harmonogramy rzeczowo - finansowe zredagowane w sposób prawidłowy. Tym samym rację ma skarżąca - Gmina j Wierzchosławice, iż uznanie w okolicznościach przedmiotowej sprawy dopuszczalności zastosowania trybu z art. 87 ust 1 ustawy, powodujące zmiany terminów oddawania poszczególnych etapów inwestycji oraz rozliczeń cenowych, powodowałoby istotną zmianę oferty a także prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.”.

Ponieważ w niniejszej sprawie poszczególne pola i sposób ich wypełnienia - dotyczyły Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego; oraz Ramowego Harmonogramu Realizacji Umowy - orzeczenie to należy zastosować przez analogię.

ii. Wyrok KIO z dnia 8 marca 2011 r. (Sygn. akt KIO/361/11): Izba uznała, że w tym przypadku wymóg dołączenia do ofert w postępowaniu Wstępnego Harmonogramu Prac stanowił wymóg merytoryczny, a więc stanowi treść oferty, zatem jego niespełnienia wskazuje na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ów dokument stanowił będzie, zgodnie z przywołanymi zapisami SIWZ, załącznik do wykonywanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. To, że Zamawiający nie określił w SIWZ szczegółowych wymogów dotyczących sporządzenia wskazanego dokumentu, nie stanowi o zmianie charakteru żądanego przez niego dokumentu. Harmonogram Realizacji Prac - w szczególności przy tak skomplikowanych pracach, jakie będą prowadzone w niniejszym postępowaniu w Elektrowni - stanowi szczegółowe oświadczenie woli wykonawcy odnoszące się do czasu realizacji poszczególnych prac objętych przedmiotem, zamówienia z wyszczególnieniem tych rodzajów prac, biorąc pod uwagę w tym względzie postanowienia SIWZ odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia. W stosunkach gospodarczych tego rodzaju, z jakimi mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, przy zakresie niniejszego przedmiotu zamówienia, standardem jest przygotowywanie przez wykonawców tego rodzaju dokumentów, jak Harmonogram Realizacji Prac."

iii. Wyrok KIO z dnia 16 maja 2013 r. (Sygn. akt KIO 972/13, KIO 1006/13), Wyrok z dnia 23 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO/74/12, Wyrok z dnia 15 lipca 2011 r. Sygn. akt KIO/1393/11. Wskazujemy ponadto, iż Konsorcjum Warbud realizując przedmiot Zamówienia w sposób określony w ofercie (A JEDNOCZEŚNIE NIEZGODNY Z SIWZ), przede wszystkim w zakresie czynności przygotowujących Układ Nawęglania do Ruchu Próbnego i sam Ruch Próbny przed terminem wymaganym przez Zamawiającego, osiągnęło nieuprawnione przewagi finansowe w stosunku do pozostałych Wykonawców, ponieważ pozostali Wykonawcy w swoich ofertach musieli uwzględnić konieczność utrzymania zaplecza budowy, zespołu realizującego Układ Nawęglania i zespołu nadzorującego przez okres dodatkowych 6 miesięcy (koszty szacowane na ok. 650 000 PLN), gdy tymczasem Wykonawca Konsorcjum Warbud skrócił wymagany przez Zamawiającego okres (przeprowadzając znacznie wcześniej próbę 72-godzinną), i nie musiał tych kosztów uwzględnić.

Podsumowując, powyższe niezgodności treści oferty z SIWZ są obiektywne i bezsporne. Zarazem kwalifikacja prawna tego rodzaju odstępstw jest na gruncie PZP jednoznaczna i kategoryczna, mianowicie skutkować powinny odrzuceniem oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

2. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie dysz systemu mgłowego (brak arkuszy danych producenta łącznie z charakterystykami eksploatacyjnymi).

a. Zgodnie z postanowieniami Części B_3 SIWZ, pkt. 1.2.1.2 Specyfikacje techniczne dla Układu Nawęglania: „Dla najważniejszych urządzeń, takich jak: - ładowarko- zwałowarka, -

wózki wygarniające, przenośniki taśmowe, urządzenia próbo biorcze, zsuwnie 2-drogowe itp., - filtry workowe, wentylatory wyciągowe, dysze systemu mgłowego itp., - wciągniki ręczne, żurawie obrotowe“ wymagane są arkusze danych producenta łącznie z charakterystykami eksploatacyjnymi.

b. Według wiedzy Odwołującego Warbud nie załączył do swojej oferty arkuszy danych i charakterystyki eksploatacyjnej dla dysz systemu mgławienia. Należy podkreślić, że w żadnym fragmencie oferty dysze systemu mgławienia nie są opisywane, charakteryzowane, itp., w związku z tym wymagane przez Zamawiającego arkusze danych i charakterystyki eksploatacyjne urządzeń są jedynym źródłem, z którego Zamawiający mógłby się czegoś dowiedzieć nt. tych urządzeń. Przy czym należy podkreślić, że dysze rozpylające stanowią jeden z podstawowych elementów składowych systemu mgłowego, odpowiadają bowiem bezpośrednio za parametry mgły wodnej. System mgławienia jest fundamentalną instalacją ze względów bezpieczeństwa rozładunku i transportu węgla. System ten eliminuje ryzyko wybuchu i pożaru pyłu węglowego, który powstaje na stanowisku rozładunku Węgla.

c. Dane wymagane przez Zamawiającego jako dokumenty techniczne stanowią jedyne źródło rzetelnych informacji na temat dostarczanego produktu. W nich zamieszczone są parametry techniczne, które dane urządzenie jest w stanie osiągnąć oraz warunki jakie zapewnić należy aby urządzenie, w sposób prawidłowy funkcjonowało. Brak wymaganych w ofercie informacji nt. dysz systemu mgłowego, uniemożliwia ocenę prezentowanego rozwiązania. Nie bez przyczyny sam Zamawiający umieścił te urządzenia w katalogu najważniejszych urządzeń (dla najważniejszych urządzeń, takich jak:

d. W tych okolicznościach oferta Warbud powinna być uznana za sprzeczną z SIWZ i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Jedynie z ostrożności Odwołujący wskazuje, że nawet gdyby inaczej zakwalifikować opisany brak, to oferta Warbud też nie mogła być wybrana zanim wykonawca ten nie uzupełni kart katalogowych (arkusze danych producenta łącznie z charakterystykami eksploatacyjnymi) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. '

II. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Erbud.

1. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (dalej „HRF”) oraz Ramowego Harmonogramu Realizacji Umowy (dalej – RHRU)

a. Treść oferty Erbud jest niezgodna z wymaganiem opisanym w Załączniku nr 3 do Umowy (Część C.2 SIWZ), zgodnie z którym: 'W Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym należy uwzględnić fakt, że termin zakończenia każdego Etapu Realizacji i sporządzania Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji następuje najpóźniej do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca”. Powyższego wymagania nie spełnia poz. 6 Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego stanowiącego Istotny element oferty Konsorcjum Erbud. '

b. Podobnie jak w przypadku oferty Konsorcjum Warbud, skonstatować należy, że również oferta Konsorcjum Erbud pozostaje w sprzeczności z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego w treści SIWZ, co w konsekwencji stanowi przesłankę do jej odrzucenia w trybie art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp.

2.Nie zgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanych ładowarko-zwałówek i wywrotnicy wagonowej.

a. W wykazie podwykonawców Erbud podał, że w zakresie ładowarko-zwałówek i wywrotnic wagonowych jego podwykonawcą (dostawcą) będzie wyłącznie Przedsiębiorstwo Usług Inżynierskich „Rialex Sp. z o.o. Z tej informacji można wywnioskować, iż również Rialex został wskazany w ofercie Konsorcjum Erbud w Załączniku nr 28 do umowy, pkt. 1.2.1.2. Tablica'1.2.1.2-1, pkt. 5 jako „Producent” dla urządzeń ładowarko-zwałówek i wywrotnic wagonowych.

b. Zgodnie z postanowieniami pkt 1.2.1.4 Części BI3SIWZ :Wykonawca potwierdzi, że zgodnie z posiadanymi referencjami dla oferowanych rozwiązań technicznych (dla występujących warunków lokalnych i dla danych i założeń projektowych przyjętych dla Przedmiotu Umowy) nie widzi zagrożeń w zakresie bezpieczeństwa technologii i niezawodności eksploatacyjnej pracy Układu Nawęglania. Dodatkowo w odniesieniu do wspomnianego zapisu Zamawiający w piśmie z dnia 09.11.2015 r. wyjaśnił, że

Odpowiedź nr 365

Zamawiający oczekuje, że Wykonawca w zakresie oferowanego układu nawęglania wykorzystywać będzie sprawdzone i posiadające, referencje rozwiązania. Pisemne potwierdzenie Wykonawcy poparte przykładowymi referencjami z zastosowań obiektowych dotyczącymi bezpieczeństwa obsługi i niezawodności będą odpowiednimi dokumentami umożliwiającymi ocenę przez Zamawiającego pewności ruchowej układu

Nie ulega więc wątpliwości, że oferowany układ nawęglania powinien być zbudowany z urządzeń nie tylko nieprototypowych, ale sprawdzonych w eksploatacji na konkretnych instalacjach.

c. Z najlepszej wiedzy Odwołującego wynika, że firma Rialex Crane Systems (a) nigdy nie wyprodukowała ładowarko-zwałowarki, (b) aktualnie trwa proces dostawy pierwszej wyprodukowanej przez ww. firmę wywrotnicy wagonowej dla klienta EDF Polska SA, na obiekt EDF Polska S.A Oddział w Rybniku, niemniej na dzień składania ofert nie została ona jeszcze finalnie zamontowana, odebrana i przyjęta do eksploatacji przez inwestora. Nie można zatem stwierdzić, że urządzenie wywrotnica wagonowa zaoferowana Zamawiającemu jest sprawdzona, jeśli nikt jeszcze jej nie przyjął do eksploatacji. Nawet jeśli fizycznie istnieje, to jest prototypem i nie można przewidzieć czy będzie prawidłowo funkcjonować w realnych warunkach pracy.

d. Mając na uwadze powyższe oferta Erbud pozostaje sprzeczna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu bowiem wbrew jej wymaganiom zaoferowane elementy układu nawęglania (wywrotnica wagonowa i ładowarko-zwałowarka) nie posiadają referencji z zastosowań praktycznych, zwłaszcza w kontekście bezpieczeństwa obsługi i niezawodności.

e. Wskazujemy ponadto, iż Konsorcjum Erbud realizując przedmiot Zamówienia w sposób określony w ofercie (A JEDNOCZEŚNIE NIEZGODNY Z SIWZ), tj. oferując dostawę rozwiązań technicznych (ładowarko-zwałowarek i wywrotnicy), które są niesprawdzone i nie posiadają referencji z zastosowań obiektowych, osiągnęło nieuprawnione przewagi finansowe w wycenie oferty w stosunku do pozostałych Wykonawców. Rozwiązania prototypowe, niesprawdzone i bez referencji obiektowych jakie zamierza zastosować Konsorcjum Erbud są znacznie tańsze niż rozwiązania sprawdzone, z referencjami jakie zaoferowali 1 -pozostali Wykonawcy. CONTROL PROCESS SA, jako podmiot realizujący inwestycje oraz przygotowując oferty dla instalacji technologicznych w Polsce i na świecie (również w zakresie instalacji transportu węgla) posiada informacje dot. cen rynkowych oferowanych przez różnych producentów i ich relacji względem siebie, zgromadzonych również na poczet niniejszego postępowania. W tym miejscu należy wskazać, że Wykonawca CONTROL PROCESS zastosowawszy w swojej ofercie ładowarko-zwałowarki i wywrotnice wagonowe od producentów, których urządzenia są niesprawdzone i nie posiadają referencji z zastosowań obiektowych, mógłby złożyć ofertę niższą o ok. 7-9 mln PLN.

f. Zastosowanie urządzeń niesprawdzonych i bez referencji obiektowych jakie zamierza dostarczyć Wykonawca Erbud stanowi bardzo duże ryzyko dla Zamawiającego. Układ Nawęglania (podawania węgla do Bloku 910 MW) stanowi newralgiczny element dla poprawności ruchowej całego Bloku 910 MW, a zatem skutki problemów w działaniu Układu Nawęglania wpłyną bezpośrednio na poprawną pracę Bloku 910 MW o wartości, ponad 5,4 mld PLN. Dlatego Zamawiający tak sformułował zapisy SIWZ, aby jego wymogi spełniały wyłącznie oferty gwarantujące dostawę urządzeń sprawdzonych i posiadających referencje obiektowe.

3. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie dysz systemu mgłowego (brak arkuszy danych producenta łącznie z charakterystykami eksploatacyjnymi).

a. Zgodnie z postanowieniami Części B_3 SIWZ, pkt. 1.2.1.2 Specyfikacje techniczne dla Układu Nawęglania: „Dla najważniejszych urządzeń, takich jak: - ładowarko- zwałowarka, - wózki wygarniające, przenośniki taśmowe, urządzenia próbobiórcze, zsuwnie 2-drogowe itp., - filtry workowe, wentylatory wyciągowe, dysze systemu mgłowego itp., - wciągniki ręczne, żurawie obrotowe” wymagane są arkusze danych producenta łącznie z charakterystykami eksploatacyjnymi.

b. Według wiedzy Odwołującego Erbud nie załączył do swojej oferty arkuszy danych i charakterystyki eksploatacyjnej dla dysz systemu mgławienia. Należy podkreślić, że w żadnym fragmencie oferty dysze systemu mgławienia nie są opisywane, charakteryzowane, itp., w związku z tym wymagane przez Zamawiającego arkusze danych i charakterystyki eksploatacyjne urządzeń, są jedynym źródłem, z którego Zamawiający mógłby się czegoś dowiedzieć ni tych urządzeń. Przy czym należy podkreślić, że dysze rozpylające stanowią jeden, z podstawowych elementów składowych systemu mgłowego, odpowiadają bowiem bezpośrednio za parametry mgły wodnej. System mgławienia jest fundamentalną instalacją ze względów bezpieczeństwa rozładunku i transportu węgla. System ten eliminuje ryzyko wybuchu i pożaru pyłu węglowego, który powstaje na stanowisku rozładunku węgla.

c. Dane wymagane przez Zamawiającego jako dokumenty techniczne stanowią jedyne źródło rzetelnych informacji na temat dostarczanego produktu. W nich zamieszczone są parametry techniczne, które dane urządzenie jest w stanie osiągnąć oraz warunki jakie zapewnić należy aby urządzenie w sposób prawidłowy funkcjonowało. Brak wymaganych w ofercie informacji nt. dysz systemu mgłowego, uniemożliwia ocenę prezentowanego rozwiązania. Nie bez przyczyny sam Zamawiający umieścił te urządzenia w katalogu najważniejszych urządzeń ("Dla najważniejszych urządzeń, takich jak:

d. W tych okolicznościach oferta Erbud powinna być uznana za sprzeczną z SIWZ i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Jedynie z ostrożności Odwołujący wskazuje, że nawet gdyby inaczej zakwalifikować opisany brak, to oferta Erbud też nie mogła być wybrana zanim wykonawca ten nie uzupełni kart katalogowych (arkusze danych producenta łącznie z charakterystykami eksploatacyjnymi) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

4. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie kosztów decyzji administracyjnych .

a. Zgodnie z §1 ust. 1.1. Umowy „Przedmiot umowy obejmuje także uzyskiwanie przez Wykonawcę na jego koszt wszelkich decyzji administracyjnych (włącznie z uiszczeniem opłat wynikających z takich decyzji), potrzebnych do zaprojektowania, wybudowania, uruchomienia i eksploatacji Układu Nawęglania, w tym - w miarę potrzeb w trakcie Realizacji Umowy - uzyskiwanie w imieniu Zamawiającego w oparciu o stosowne pełnomocnictwa Zamawiającego niezbędnych decyzji, pozwoleń i dopuszczeń, zatwierdzeń i opinii potrzebnych do wybudowania Układu Nawęglania i rozpoczęcia jego eksploatacji, z wyłączeniem pozwolenia na budowę, pozwoleń pod kątem ochrony środowiska i pozwolenia na użytkowanie Układu Nawęglania, których uzyskanie obciąża Zamawiającego”.

b. W piśmie DGR/JAW 910/P/08351/2015 z dnia 14 grudnia 2015r Erbud oświadczył, że: "Wyjaśniamy, iż zawarty w Ofercie (str. 572) zapis „(...) z wyłączeniem decyzji określonych w § 1 ust. 1.1 Umowy" odnosi się do decyzji, których uzyskanie jest wyłączone z Przedmiotu Umowy, jako obciążające Zamawiającego, w świetle treści § 1 ust. 1.1 Umowy, tj. pozwolenie na budowę, pozwolenia pod kątem ochrony środowiska i pozwolenie na

użytkowanie Układu Nawęglania". Z tego wynika, że Erbud w ofercie wyłączył koszty wszystkich pozwoleń i dopuszczeń, zatwierdzeń i opinii oraz decyzji (włącznie z uiszczeniem opłat wynikających z takich decyzji) określonych w § 1 ust. 1.1 Umowy, a następnie zapytany przez Zamawiającego tłumaczył, że jego oświadczenie o wyłączeniu kosztów dotyczy tylko niektórych decyzji, de facto zmieniając treść swojej oferty. Zgodnie z § 1 ust. 1.1 Umowy za część decyzji faktycznie odpowiada Zamawiający (tj. przywołane pozwolenie na budowę, pozwolenia pod kątem ochrony środowiska i pozwolenie na użytkowanie Układu Nawęglania), pozostałe jednak leżą po stronie Wykonawcy, który jest także zobligowany do uiszczenia opłat wynikających z takich decyzji.

c. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że oferta Erbud jest sprzeczna z treścią SIWZ tzn. oferta Erbud nie obejmuje kosztów decyzji administracyjnych, które zgodnie z SIWZ powinny być po stronie wykonawcy, a tym samym powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy.

Zarzut zaniechania wykluczenia z Postępowania Erbud.

a. Zgodnie z SIWZ i zmianami z dnia 19.10.2015 do oferty należało złożyć Wykaz wykonanych przez Wykonawcę zamówień, zwany dalej także w skrócie „Wykazem”, polegających na: wykonaniu przynajmniej 1 (jednego) zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostawę, budowę, montaż i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji układu nawęglania zewnętrznego węglem kamiennym dla bloku energetycznego składającego się łącznie z następujących elementów określonych poniżej:

- i. wywrotnicy wagonowej o wydajności min. 250 Mg/h,
- ii. urządzenia ładowarko-zwałowarki o wydajności min. 250 Mg/h,
- iii. układu transportu węgla przenośnikami taśmowymi o wydajności min. 250 Mg/h, }
- iv. składowiska węgla o pojemności min. 50 000 m³ lub o powierzchni min. 6000 m².

w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez Wykonawcę jest krótszy, to w tym okresie.

Jeżeli wykonawca wykazuje się wykonaniem elementów układu nawęglania wymienionych w punktach i-iv w ramach odrębnych - maksymalnie czterech - zamówień, opisuje każdy element układu nawęglania wymieniony w punktach i-iv w osobnej pozycji Wykazu jako osobne zamówienie.

b, na potwierdzenie ww. warunku Erbud przedstawił jedno zadanie referencyjne - modernizację instalacji nawęglania w Zakładzie nr 3{EC3} Veolia Energia Łódź SA. Nie spełnia ono jednak ww. warunku, gdyż Erbud w ramach tej inwestycji nie realizował świadczenia polegającego na zaprojektowaniu, dostawie, budowie, montażu i uruchomieniu

zakończonego przejęciem do eksploatacji ładowarko-zwałowarki. To urządzenie należało już wcześniej do inwestora i zostało tylko przeniesione przez Erbud z innej lokalizacji (zakładu). Powyższe stwierdził sam Zamawiający, uznając że w takich okolicznościach jedyna referencja nie potwierdza warunku udziału w Postępowaniu. W rezultacie wezwał Erbud do uzupełnienia Wykazu (pismo z dnia 04.02.2016 r.), natomiast Erbud pomimo wezwania -nie dokonał uzupełnienia i wszedł w polemikę z oceną Zamawiającego, Ze stanowiskiem Erbud (pismo z dnia 11.02.2016 r.) nie można się zgodzić. Podobnie jak z decyzją Zamawiającego, który przyjął tłumaczenia Erbud i zaniechał wykluczenia tego wykonawcy.

c. Należy zaznaczyć, że Erbud broniąc referencji powołał się na niejednoznaczność SIWZ, gdyż nie wynikało z niej aby ładowarko-zwałowarka musiała być dotychczas nieinstalowana ani nie uruchomiona. Należy jednak wskazać, że skoro każdy wykonawca wcześniej miał zaprojektować, dostarczyć, zbudować, zmontować i uruchomić powyższe urządzenie, to jest to tak szerokie spektrum obowiązków, że wyklucza opcje z przeniesieniem z innego zakładu. Zarazem nie można uznać, że w ramach zadania dla Veolia Energia Łódź S.A. konsorcjum Erbud dostarczyło ładowarko-zwałowarkę, skoro ta należała już wcześniej do inwestora.

d. Mając na uwadze powyższe Erbud podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 Pismo przygotowawcze odwołującego; podtrzymuje wszystkie zarzuty odwołania. Uzasadniając ich aktualność uzupełnia dotychczasowe stanowisko o następujące okoliczności.

A. ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY KONSORCJUM WARBUD.

I. Pierwsza grupa zarzutów w stosunku do konsorcjum Warbud odnosi się do niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ w zakresie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego („HRF”). Odwołujący wskazuje na istotę błędów, zestawiając je z odnośnymi postanowieniami SIWZ oraz nakazami prawnymi. 1) należy wskazać na:

a) pkt 13.1 SIWZ 13.1. UKŁAD OFERTY - WYMAGANE DOKUMENTY TWORZĄCE KOMPLETNĄ OFERTĘ - W TYM DOKUMENTY POTWIERDZAJĄCE SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU:

i)pkt 13.1.2. Załączniki do formularza „Oferta”: Załącznik nr 15: Załączniki do Umowy: Uwaga do Wykonawcy: Wykonawca sporządzi Załączniki do Umowy zgodnie z wytycznymi zamieszczonymi w Załącznikach do Umowy (Część C.2. SIWZ) i złoży je jako Załącznik nr 3 do formularza "Oferta".

b) W części C.2 SIWZ znajdują się postanowienia w myśl których: i) Wykonawca przygotowuje i składa w Ofercie Załączniki do Umowy zgodnie z informacjami i wymaganiami Zamawiającego podanymi w Części A i niniejszej 0.2. SIWZ;

ii) dalej zawarto spis załączników do umowy (łącznie 21), które na kolejnych stronach dokładnie wyspecyfikowano, każdorazowo zamieszczając szczegółową instrukcję

postępowania z danym dokumentem. Dla przykładu, w załączniku nr 1 do umowy (zakres rzeczowy przedmiotu umowy) zawarto uwagę o treści: „W Ofercie Wykonawca nie składa niniejszego Załącznika. Zgodnie z oświadczeniem w punkcie 9 formularza „Oferta”, składając Ofertę Wykonawca akceptuje treść Załącznika”. Ale już w załączniku nr 3 do umowy (harmonogram rzeczowo-finansowy) wyraźnie wskazano: Uwaga do Wykonawcy: W Ofercie jako Załącznik nr 3 do Umowy Wykonawca składa Harmonogram Rzeczowo-Finansowy sporządzony zgodnie z poniższymi zasadami (wyciąg):-Harmonogram Rzeczowo-Finansowy przygotowywany przez Wykonawcę w Ofercie musi być zgodny z zapisami § 4 Umowy i Załącznika nr 6 do Umowy, a także musi zawierać wymienione niżej kluczowe etapy Realizacji Umowy oraz uwzględniać fakt, że podpisanie Protokołu Przejęcia Układu Nawęglania do Eksploatacji musi nastąpić nie później niż do dnia 15 marca 2019 r.

-Zamawiający wymaga powiązania Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego z Ramowym Harmonogramem Realizacji Umowy (Załącznik nr 4 do Umowy). Etapy Realizacji zawarte w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym muszą znaleźć swoje odzwierciedlenie w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy.

-W Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym należy uwzględnić fakt, że termin zakończenia każdego Etapu Realizacji i sporządzania Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji następuje najpóźniej do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca.

2) Mając na uwadze te zasadnicze wytyczne nie można mieć wątpliwości, że w ofercie konsorcjum Warbud nie zostały one uwzględnione, gdyż: a) Harmonogram Rzeczowo-Finansowy („HRF”) w ofercie konsorcjum Warbud w zakresie poz. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 30. 31. 32, 33 HRF przewiduje zakończenie Etapów Realizacji po 26 dniu danego miesiąca, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z ww. wymaganiami SIWZ, dowód: HRF w ofercie Warbud (w aktach).

i) Wagę powyższego zastrzeżenia podkreśla fakt, że znalazło ono bezpośrednie odbicie w tekście przyszłej umowy, którą strony zobowiązały się podpisać. W §5 pkt 5.3.1 Umowy przewiduje bowiem, iż „Wykonawca zakończy w całości dany Etap Realizacji w terminie określonym w kolumnie nr 3 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do Umowy. O planowanym odbiorze przez Zamawiającego zakończonego przez Wykonawcę Etapu Realizacji Wykonawca powiadomi Zamawiającego w formie pisemnej w terminie co najmniej 7 (siedmiu) dni przed planowanym terminem odbioru danego Etapu Realizacji. Odbiór Etapu Realizacji powinien odbyć się nie później niż do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca.”

ii) Bezwzględny obowiązek uczestników postępowania jest stosowanie się do treści SIWZ. Na tym tle musi budzić zdziwienie okoliczność, że Zamawiający zupełnie bezkrytycznie podszedł do tego ewidentnego błędu. Analiza korespondencji wskazuje, że Zamawiający szczegółowo sprawdzał harmonogramy, poprawiał je, a tym samym musiał

zauważyć powyższe, rzucające się w oczy sprzeczności. Czy Zamawiający uznał, że opisane różnice zostaną usunięte podczas tworzenia szczegółowego Harmonogramu Realizacji Umowy („sHRU”), a może wysnuł wniosek, iż wskazanie w HRF daty zakończenia Etapów Realizacji po 26 dniu danego miesiąca będzie oznaczać, że ich odbiór nastąpi do 26 dnia następnego miesiąca? Jeśli tak to takie stanowisko nie może się ostać. Co do sHRU, to w dalszej kolejności Odwołujący odniesie się do zapisów przewidujących obowiązki jego wykonania przed zawarciem umowy (w podsumowaniu wywodów poświęconych harmonogramom w ogólności). W tym miejscu Odwołujący pragnie zaznaczyć, że poz. 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 33 każdorazowo dotyczą „zakończenia” realizacji Etapów.

iii) W kolumnie trzeciej HRF należało podać odpowiednie daty z uwzględnieniem wymagania, aby zakończenie każdego Etapu Realizacji i sporządzenia Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji nastąpiło najpóźniej do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca. Nie można więc rozdzielać terminu „zakończenia Etapu Realizacji” i terminu sporządzenia protokołu Zakończenia Etapu Realizacji. Jeśli bowiem data zakończenia etapu Realizacji nie byłaby również datą sporządzenia protokołu Zakończenia Etapu Realizacji to oznaczałoby to, iż to drugie zdarzenie, z punktu widzenia Zamawiającego kluczowe, mogłoby nastąpić dowolnie później. Tym samym po stronie Wykonawcy nie byłoby żadnej daty dyscyplinującej formalne przekazanie do odbioru danego etapu. W związku z tym data Zakończenia Etapu Realizacji to data sporządzenia protokołu Zakończenia Etapu Realizacji i nie powinna być późniejsza niż 26 dzień danego miesiąca.

iv) Ponadto, Zamawiający wyraźnie wskazuje na „dany” miesiąc, a nie „następny”, czy „dowolny” miesiąc. Innymi słowy, jakakolwiek odmienna wykładnia SIWZ niż wskazana przez Odwołującego w istocie prowadziła by do wniosku, że wymaganie SIWZ nie istniało lub niepodległo egzekucji, a to kłóciłoby się już z podstawowymi zasadami systemu zamówień publicznych (równego traktowania, uczciwej konkurencji, przejrzystości i pisemności).

II. Druga grupa błędów dotyczy nie zamieszczenia pozycji 35, 36 i 37 z HRF w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy (RHRU).

1) Zgodnie z SIWZ (część C.2), w załączniku nr 14 do umowy (RAMOWY HARMONOGRAM REALIZACJI UMOWY) wskazano: „Uwaga do Wykonawcy: W Ofercie jako Załącznik nr 4 do Umowy Wykonawca składa (wyciąg): -Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy. -Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy przygotowywany przez Wykonawcę w Ofercie musi: (...)• Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy ma zawierać wszystkie Etapy Realizacji i ich terminy podane w Ofercie przez Wykonawcę, w opracowanym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym (Załącznik nr 3 do Umowy), w tym zawierać następujące kluczowe terminy Realizacji: - gotowość podania węgla z II części układu nawęglania z każdej z wywrotnic wagonowych do wieży przesypu nawęglania nr 1 i z każdej ze zwałowarek poprzez każdy taśmociąg do wieży przesypu nawęglania nr 2 -

13 lipca 2018 r. - planowane podpisanie Protokołu Przejęcia Układu Nawęglania do Eksploatacji - 15 marca 2019 r."

2) Jak wynika z powyższego, wykonawcy byli zobowiązani do zamieszczenia w RHRU wszystkich Etapów Realizacji które zamieścili w HRF, zaś RHRU załączony do oferty Warbud nie zawiera pozycji 35. 36 i 37 HRF.

dowód: HRF i RHRU w ofercie Warbud (w aktach).

III. Trzecia kategoria błędów w RHRU konsorcjum Warbud różni się od pozostałych tym, że Zamawiający samodzielnie stwierdził niezgodność oferty Warbud z treścią SIWZ, jednakże zakwalifikował je jako nieistotne omyłki. Dla pełnego zobrazowania problemu Odwołujący jeszcze raz opisuje odstępstwa, a następnie dokonuje prawidłowej, jego zdaniem, subsumcji.

1) W poz. 6 HRF i poz. 9 RHRU konsorcjum Warbud konsekwentnie przyjęło, że wykonanie i przekazanie zamawiającemu Programu Zapewnienia i Kontroli Jakości nastąpi 30.07.2016 r., co przy założonym terminie podpisania umowy przypadającym na 29.12.2015 r. oznaczało, że Warbud zaoferował zrealizowanie świadczenia w ok. 7 miesięcy po podpisaniu umowy. Tymczasem zgodnie z SIWZ (odp. na pytanie 482 z dnia 23.11.2015 r.) Zamawiający wymagał aby Program Zapewnienia i Kontroli Jakości został wykonany i przekazany Zamawiającemu nie później niż 3 miesiące od dnia zawarcia Umowy.

2) W załączniku nr 14 do SIWZ (Etapy budowy układu nawęglania, str. 173 i nast.) w pkt 6 omówiono Rozruch Układu Nawęglania. W ppkt 6.5 rozpisano trzy główne etapy tego rozruchu: a) próby funkcjonalne (na zimno) urządzeń i elementów Układu Nawęglania, b) Ruch Regulacyjny Układu Nawęglania, c) Ruch Próbnny Układu Nawęglania.

a) Zgodnie z ppkt 6.5.2.4 - Ruch Regulacyjny Układu Nawęglania trwający podczas Ruchu Regulacyjnego Bloku będzie nadzorowany przez Koordynatora Rozruchu przy ścisłym współdziałaniu z wyznaczonym, odpowiednio wyszkolonym personelem Zamawiającego. Czas trwania Ruchu Regulacyjnego Układu Nawęglania będzie zgodny z Ramowym Harmonogramem Realizacji Umowy. Zostanie on także uwzględniony przez Wykonawcę w szczegółowym Harmonogramie Realizacji Umowy;

b) Zgodnie z ppkt 6.5.2.5 Wykonawca zobowiązany jest zakończyć Ruch Regulacyjny Układu Nawęglania podczas Ruchu Regulacyjnego Bloku.

c) Zgodnie z ppkt 6.5.3.2. Ruch Próbnny Układu Nawęglania będzie trwał 720 (siedemset dwadzieścia) godzin podczas Ruchu Próbnego Bloku i odbywał się będzie przy pracujących wszystkich układach automatycznej regulacji Bloku.

d) Zgodnie z pkt 6.5.3.4 - w ostatniej fazie Ruchu Próbnego Układu Nawęglania podczas Ruchu Próbnego Bloku - przeprowadzana jest próba 72 (siedemdziesięciodwu) - godzinnej bezusterkowej i nieprzerwanej pracy Układu Nawęglania.

Odpowiedzią nr 39 z dnia 03.10.2015 r. Zamawiający sprecyzował, że termin rozpoczęcia ruchu próbnego bloku realizowany będzie od 07.01.2019 r. , natomiast zakończenie ruchu próbnego bloku należy przyjąć na dzień 15.03.2019 r. Zarazem gotowość do podania węgla z Układu Nawęglania określono na dzień 13.07.2018 r.

3) W tych okolicznościach nie może być wątpliwości, że rozruch Układu Nawęglania, a przede wszystkim dwa kluczowe jego elementy, czyli Ruch Regulacyjny i Ruch Próbnny zostały powiązane z ruchem regulacyjnym i ruchem próbnym bloku, których terminy Zamawiający przedstawił wykonawcom.

4) Harmonogramy załączone do oferty konsorcjum Warbud są sprzeczne z ww. wymaganiami SIWZ. Warbud konsekwentnie bowiem określił, że ruch regulacyjny i próbnny zakończą się najpóźniej 29 czerwca 2018 r. Przy czym nie dostosował się do SIWZ nie tylko jeśli chodzi o daty wykonywania poszczególnych etapów, ale również w kontekście ich długości trwania. Rozpoczęcie rozruch Układu Nawęglania zaoferowano od dnia 01.03.2018 r., a zakończenie wszystkich czynności składających się na ten etap przewidziano na 29.06.2018 r. Czyli wykonawca zaplanował zakończenie wszystkich faz w ciągu 83 dni, podczas gdy niektóre procesy z tej części mogły się rozpocząć dopiero 7 stycznia 2019 r.

5) W związku z powyższym:

a) poz. 53 RHRU Warbud - Odbiory, Rozruch, Ruch Regulacyjny, Ruch Próbnny - zakładająca zakończenie fazy rozruchowej w dniu 29.06.2018 r. była niezgodna z SIWZ, albowiem zgodnie z odpowiedzią nr 39 musiało to mieć miejsce z całą pewnością po 7 stycznia 2019 r.

b) poz. 57 RHRU Warbud - Ruch Regulacyjny Układu Nawęglania - nie mogła określać zakończenia tej fazy w dniu 29.06.2018 r., bo do tego momentu nawet nie rozpoczęło się ruch regulacyjny bloku, z którym to zdarzeniem jest ściśle powiązany rozruch układu nawęglania.

c) poz. 58 RHRU - Ruch Próbnny - nie można było przyjąć jego zakończenia 29.06. 2018 r. skoro musiał być przynajmniej przez okres próby 72-godzinnej prowadzony równoległe z ruchem próbnym bloku który miał się rozpocząć się 7 stycznia 2019 r.

d) poz. 59 RHRU - Próba 720 godzinnej nieprzerwanej pracy Układu Nawęglania - jako element Ruchu Próbnego, nie mogła się zakończyć w dniu 29.06.2018 r. skoro musiała być przynajmniej przez okres próby 72-godzinnej prowadzona równoległe z ruchem próbnym bloku, który miał się rozpocząć się 7 stycznia 2019; ponadto, zgodnie z RHRU Warbud-u próba 720 godzinna ma trwać 29 dni, czyli 696 godzin

poz. 60 - Próba 72 godzinnej bezusterkowej j pracy Układu Nawęglania nie mogła się zakończyć w dniu 13.06.2018 r, skoro jako część ruchu próbnego bloku mogła się zacząć najwcześniej 7 stycznia 2019 r.

6) Nie ulega wątpliwości, że RHRU w ofercie Warbud jest niezgodny z treścią SIWZ. Świadczą o tym opisane powyżej, ewidentne różnice, jak również fakt, że Zamawiający

zastosował art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. W związku z tym w dalszej kolejności rozważyć należy, czy ujawnione odstępstwa powinny być skorygowane w trybie ww. przepisu, czy też kwalifikowały ofertę do odrzucenia na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

7) Z punktu widzenia zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP kluczowe jest to, czy błędy stwierdzone w ofercie Warbud mogą być potraktowane jako omyłki, a jeśli tak, to czy ich poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty. Ważne jest również, czy charakter błędów pozwala odtworzyć (ustalić) rzeczywistą wolę wykonawcy, zniekształconej nieumyślnie w wyniku niedopatrzenia. Dopiero łączne zaistnienie wszystkich tych przesłanek pozwoli pozytywnie ocenić możliwość skorzystania z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

a) Jak wiadomo omyłka w treści dokumentu to przypadkowa niezgodność z intencją autora tekstu, skutkująca mylnym postrzeganiem jego realnej woli. Tę zaś należałoby ocenić bacznie na całokształt okoliczności towarzyszących popełnieniu omyłki. Tylko jeśli z treści dokumentu (tu oferty) wynika co chciał rzeczywiście przekazać wykonawca można bezpiecznie skorygować jego oświadczenie. Przy czym omawiane narzędzie należy stosować ostrożnie, nie tylko dlatego że stanowi wyjątek od zasady, iż treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ (art. 82 ust. 3 PZP), ale również ze względu na konieczność zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania.

b) W granicach ww. założeń nie mieszczą się błędy, które poprawił zamawiający. Warbud praktycznie wszystkie czynności składające się na rozruch Układu Nawęglania zaoferował w czasie niezgodnym z SIWZ, Uchybienia w tym zakresie nie można tłumaczyć niefrasobliwością, bo mamy do czynienia z kluczowym etapem olbrzymiej inwestycji wartą ponad 5 mld zł. W związku z powyższym ilość błędów podobnego rodzaju wyklucza uznanie ich za omyłkę. Warbud celowo zaoferował rozruchy w innych terminach, aby odnieść z tego wymierną korzyść. Należy podkreślić, iż Warbud przygotowując RHRU w zadeklarowany w ofercie sposób uzyskał nieuprawnioną przewagę w stosunku do pozostałych wykonawców - kończąc rozruchy i ruch próbny układu nawęglania znacznie przed wymaganym terminem nie musiał on kalkulować w swojej cenie ofertowej kosztów: utrzymania zaplecza budowy, zespołu realizującego Układ Nawęglania i zespołu nadzorującego przez okres 6 miesięcy, a przede wszystkim otrzymywał za wskazany etap płatność wcześniej niż pozostali wykonawcy przygotowujący swoje oferty (zgodnie z HRF za zakończenie Ruchu Regulacyjnego Układu Nawęglania w dniu 29.05.2018 r. Warbud przewidział zapłatę 740 016 zł).

c) Jakkolwiek stwierdzenie, że błąd nie ma charakteru omyłki jest już wystarczające do uznania że zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP było bezpodstawne, to idąc dalej Odwołujący z ostrożności wskazuje na kolejne ograniczenia. Mianowicie, aby zmienić (poprawić ofertę) trzeba wiedzieć jaką ostatecznie treść jej nadać. Należy przypomnieć, że jakiegokolwiek negocjacje w tym zakresie są niedozwolone. Tymczasem Warbud nie tylko

błędnie określił daty rozpoczęcia lub zakończenia określonych etapów, ale również długość ich trwania. Zamawiający musiałby więc zupełnie dowolnie je ukształtować i liczyć, że wykonawca de facto przyjmie jego ofertę. Jaskrawym tego przykładem są „Próba 720 godzinnej nieprzerwanej pracy Układu Nawęglania” i „Próba 72 godzinnej bezusterkowej pracy Układu Nawęglania”. W obu przypadkach przyjęte terminy były całkowicie niedopasowane do harmonogramu ruchu próbnego bloku. Natomiast Zamawiający skorygował je w sposób nie tylko uznaniowy (nic w ofercie nie wskazywało gdzie dokładnie na osi czasu ulokować chociażby, wspomniane próby), ale i sprzeczny z logiką zależności. Mianowicie Zamawiający wprowadził rozpoczęcie próby 720 godzinnej (30 dniowej) na dzień 07.01.2019 r., a rozpoczęcie próby 72 godzinnej na dzień 15.01.2019 r. z zakończeniem 17.01.2019, czyli w początkowej, a nie końcowej fazie Ruchu. Podczas gdy zgodnie z pkt 6.5.3.4 załącznika nr 14 do umowy (cz. C.2 SIWZ, cytowana powyżej) - w ostatniej fazie Ruchu Próbnego Układu Nawęglania podczas Ruchu Próbnego Bloku - przeprowadzana jest próba 72 (siedemdziesięciu dwu) - godzinna bezusterkowa i nieprzerwana praca Układu Nawęglania.

d) Z powyższego niezwykle obrazowo wynika, że ułożenie harmonogramu wymagało analizy wymagań, a wykonawcy w tych obowiązkach nie powinien wyręczać Zamawiający, zwłaszcza, że jego udział musi się w takiej sytuacji sprowadzać do ukształtowania woli, a nie do poprawienia omyłki.

e) Należy zauważyć, że zmiana oferty w zaistniałych okolicznościach musi być kwalifikowana jako istotna. Dotyczy bowiem niebagatelnej fazy (rozruchu) nie tylko przedmiotowego zadania, ale i całej inwestycji budowy bloku energetycznego, z którym to zadanie jest nierozdzielnie związane.

f) O istotności wprowadzonych przez zamawiającego zmian świadczy również fakt, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ (Część C1 SIWZ, Umowa, pkt. 14.1.3.3.) za nieterminowe wykonanie etapu: „Zakończenie Ruchu Regulacyjnego Układu Nawęglania” Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej „w wysokości 0,01% (jedna setna procenta) Wynagrodzenia umownego netto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki licząc od terminu określonego w Załączniku nr 4 do Umowy”. W przedmiotowym postępowaniu mamy zatem do czynienia z sytuacją, gdzie Zamawiający „poprawiając omyłkę” samodzielnie określa termin wykonania etapu („Zakończenie Ruchu Regulacyjnego Układu Nawęglania”) za którego niedotrzymanie Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na jego rzecz kary umownej!

8) Podsumowując należy stwierdzić, że zamawiający bezpodstawnie poprawił ofertę Warbud w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, a jednocześnie zaniechał zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez odrzucenie oferty tego wykonawcy. Brak prawidłowej reakcji na błędy ujawnione w harmonogramach konsorcjum Warbud musi dziwić tym bardziej, że

Zamawiający w swojej dotychczasowej praktyce udzielania zamówień dokładnie weryfikował jakość harmonogramów.

Postępowania te przeprowadzane są przez zamawiającego (Tauron Wytwarzanie S.A.) na podstawie niemalże identycznych procedur przetargowych i schematów dokumentacji przetargowej. Krajowa Izba Odwoławcza, na gruncie praktycznie identycznych specyfikacji (autorstwa Tauron Wytwarzanie SA), wydała orzeczenia potwierdzające zasadność zarzutów niniejszego odwołania. Wymowne na tym tle są zwłaszcza sprawy o sygn. KIO 237 i 244/13 oraz KIO 2372/15 i 2393/15, które dotyczą postępowań na wykonawcę inwestycji związanych z budową bloku energetycznego Jaworzno III Elektrownia II 910 MW i instalacji pomocniczych.

a) Pierwsza z ww. spraw, zakończona wyrokiem z dnia 25 marca 2013 r. (sygn. KIO 237, 244/13) dotyczyła zamówienia na „budowę nowych mocy w technologiach węglowych w Tauron Wytwarzanie SA - Budowa bloku energetycznego o mocy 800-910 MW na parametry nadkrytyczne w Elektrowni Jaworzno III Elektrownia II w zakresie: kocioł parowy, turbozespół, budynek główny, część elektryczna i AKPiA bloku”. W ramach postępowania Zamawiający odrzucił dwie oferty, min. ze względu na błędy w harmonogramach. Obydwaj wykonawcy złożyli odwołania do KIO wywodząc zarówno zgodność oferty z SIWZ, jak i z ostrożności zasłaniając się omyłkami, które podlegają poprawieniu. KIO nie uwzględniła żadnego z tych odwołań. Z obszernego uzasadnienia tego orzeczenia warto przywołać kilka ważnych fragmentów: i) Zamawiający zaprezentował na rozprawie następujące stanowisko: „Zamawiający wyjaśnił, że przedmiot zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie stanowi ogromne i skomplikowane pod względem technicznym przedsięwzięcie oraz jest znacznej wartości (ok. 5 mld. zł.). Stanowi on fragment ogromnej i złożonej inwestycji, na którą składają się także inne liczne przedsięwzięcia, przede wszystkim budowlane, nie objęte przedmiotem tego zamówienia. Wymaga to zapewnienia zamawiającemu możliwości należytej i starannej koordynacji i synchronizacji wszystkich działań związanych z realizacją całego zadania inwestycyjnego oraz wszystkich jego części składowych. Wszelkie, nawet najmniejsze odstępstwa od przyjętych wcześniej dokonanych założeń techniczno-organizacyjnych (planów) stanowiłyby źródło potencjalnych zagrożeń dla należytej i terminowej realizacji całej inwestycji, konieczności poniesienia dodatkowych kosztów, a w przyszłości, także źródło zagrożeń dla zdrowia i życia osób, pracujących w oddanym do użytku obiekcie. Powyższe uwarunkowania nakładają na zamawiającego, jak i na wykonawców, szczególny obowiązek dochowania staranności i rzetelności we wszelkich czynnościach, działaniach oraz podejmowanych decyzjach w przedmiotowym postępowaniu.”¹ ii) Co się zaś tyczy warstwy formalno-prawnej podkreślić, należy, że Izba obszernie wypowiedziała się na temat wagi błędów w harmonogramie (pod kątem istotnego charakteru) jak i możliwości ich poprawienia. Tytułem przykładu można by

wskazać, że według Izby sumowanie wszystkich pozycji harmonogramu do 1 Przedmiotowe zamówienie na układ nawęglania zewnętrznego jest właśnie jednym z ważniejszych elementów składowych całego przedsięwzięcia budowy nowego bloku energetycznego, a więc podwyższone standardy staranności jak najbardziej powinny być i w tym przypadku stosowane. Dziwić więc może odejście od nich zamawiającego....

99,972%, a nie do 100% uznano za błąd istotny (por. str. 60 wyroku). Kolejnym znamionym stwierdzeniem w uzasadnieniu wyroku jest:

„Podkreślić należy, że zamawiający nie może uzupełnić RHRK o brakujące etapy i terminy realizacji, gdyż nie ma możliwości samodzielnego określenia terminów dla poszczególnych dokumentacji, w szczególności, w sytuacji gdy dokumentacją ma być wykonywana sukcesywnie. W tym zakresie dokonanie poprawy -uzupełnienie treści oferty - wymagałoby uzgodnień z wykonawcą. Na skutek tego nie jest możliwe skorzystanie z trybu, określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, uprawniającego zamawiającego do dokonania poprawy treści oferty." iii) W stosunku do kolejnej niezgodności harmonogramu Izba uznała:

„Jednocześnie Izba zważyła, że zmiana terminów zakończenia ww. Etapów Realizacji na zgodne z wymaganiem zamawiającego, przekracza uprawnienie zamawiającego w ramach art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zmiana powyższa musiałaby uwzględniać nowe oświadczenie wykonawcy w odniesieniu do terminów zakończenia 6 etapów, co pociągnęłoby za sobą konieczność kolejnych zmian terminów zakończenia Etapów Realizacji, których wykonanie pozostaje w powiązaniu z ww. etapami. Zmiana taka stanowiłaby niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty przez wykonawcę, gdyby doszło do wyjaśnienia powyższych kwestii na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp." (por. strona 73 wyroku).

b) Natomiast w sprawie KIO 2372/15 i 2393/15 zakończonej wyrokiem z 18 listopada 2015 r., również z udziałem Tauron Wytwarzanie SA, dotyczącej postępowania na „Zaprojektowanie, dostawę, montaż, rozruch i przekazanie do eksploatacji układu odpopielania dla bloku energetycznego o mocy 910 MWe w Tauron Wytwarzanie S.A. - Oddział Elektrownia Jaworzno III - Elektrownia II", w uzasadnieniu orzeczenia przeczytamy: „Zamawiający nie był także uprawniony do zastosowania w odniesieniu do znajdujących się w harmonogramach błędów art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawienie omyłek innych niż oczywiste omyłki pisarskie lub rachunkowe jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy poprawa ta spełnia łącznie dwie przesłanki, tj.: omyłki polegają na niezgodności oferty z SIWZ i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Błędy istniejące w ofercie odwołującego CARBO AUTOMATYKA powodują niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Niezgodność ta polega na niezgodności z wymaganiami zamawiającego co do terminów realizacji zamówienia i jego poszczególnych etapów. Niemniej jednak nie można stwierdzić, iż niezgodność ta nie powoduje istotnych zmian w treści ofert. Zmiana treści harmonogramów (w odniesieniu do terminów) to zasadnicza zmiana sposobu realizacji

umowy. Zmianie podlegałyby bowiem terminy realizacji umowy i jej poszczególnych etapów, przy czym te ostatnie były w pewnym zakresie pozostawione woli wykonawcy. Tak więc nie wiadomo, gdyż nie wynika to z treści oferty, jakie terminy faktycznie chciał zaoferować odwołujący CARBOAUTOMATYKA."2

9) Z powyższego wynika, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zmienił dotychczasową praktykę oceny harmonogramów, pomimo że była ona prawidłowa w świetle wyroków Krajowej Izby Odwoławczej. Zarazem postanowienia obecnej SIWZ znaczącą nie różnią się od jej wersji obowiązującej w ww. przetargach. W szczególności w przedmiotowym stanie faktycznym harmonogramy nadal stanowią integralną część oferty i opisują sposób wykonania świadczenia. Umowa w swej treści zawiera liczne 2 W załączeniu stanowisko procesowe Zamawiającego w referowanej sprawie - załącznik nr 2.

odesłania do RHRU czy HRF, przede wszystkim w kontekście obowiązków wykonawcy, tj.:

a) §1 pkt 1.4: Przedmiot Umowy zostanie zrealizowany w Jaworznie zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo - Finansowym stanowiącym Załącznik nr 3 do Umowy i Ramowym Harmonogramem Realizacji Umowy, stanowiącym Załącznik nr 4 do Umowy, w terminie nie dłuższym niż do 15 marca 2019 r.

b) §2 pkt 2.2.3: Do podstawowych obowiązków Wykonawcy należy wykonanie Przedmiotu Umowy zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym i Ramowym Harmonogramem Realizacji Umowy oraz niezwłoczne pisemne informowanie Zamawiającego o zagrożeniach dla wykonania Przedmiotu Umowy w zakresach i terminach z niego wynikających;

c) §5 pkt 5.3.1: Wykonawca zakończy w całości dany Etap Realizacji w terminie określonym w kolumnie nr 3 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do Umowy;

d) §12 pkt 12.6.5: Odstępstwa w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy nie przekraczające okresu 8 (ośmiu) tygodni nie mogą być podstawą do odmowy wypłaty odszkodowania przez ubezpieczyciela;

e) §18 pkt 18.2.3: Niezależnie od możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy na podstawie ust. 18.1 oraz innych postanowień Umowy, Zamawiający może od Umowy odstąpić w całości lub części, jeżeli Wykonawca pozostaje w zwłoce w podpisaniu Protokołu Przejęcia Układu Nawęglania do Eksploatacji o więcej niż 100 (sto) dni w stosunku do terminu określonego w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy.

10) Wagi RHRU i HRF nie umniejsza fakt, że strony zobowiązane są uzgodnić sHRU. Stosownie bowiem do treści §1 pkt 1.5. Umowy „W szczegółowym Harmonogramie Realizacji Umowy Wykonawca uwzględni wszystkie terminy podane w Załączniku nr 4 do Umowy (Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy). Szczegółowy Harmonogram Realizacji Umowy będzie doprecyzowany zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zamieszczonymi w

Załączniku nr 4 do Umowy, w tym o wszystkie powiązania logiczne. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe wykonanie logiki połączeń. Dla uniknięcia wątpliwości, w szczegółowym Harmonogramie Realizacji Umowy nie mogą być zmieniane terminy wykonania kluczowych czynności określone w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy." Tak więc sHRU powstanie na podstawie RHRU, jest dodatkowy w stosunku do RHRU i go nie zastępuje.

B. ZANIECHANIE ODRZUCENIA OFERTY KONSORCJUM ERBUD.

I. Odwołujący podtrzymuje zarzut, iż treść oferty Erbud jest niezgodna z wymaganiem opisanym w Załączniku nr 3 do Umowy (Część C.2 SIWZ), zgodnie z którym: "W Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym należy uwzględnić fakt, że termin zakończenia każdego Etapu Realizacji i sporządzania Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji następuje najpóźniej do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca", gdyż poz. 6 Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego zakłada późniejsze zakończenie etapu. Szczegółowe uzasadnienie jest analogiczne jak w przypadku Warbud.

II. Szerszego komentarza wymaga natomiast zarzut odnoszący się do zaoferowanych ładowarko-zwałowarek i wywrotnicy wagonowej.

1) Erbud określił w ofercie na stronie 553, że jego podwykonawcą w zakresie wywrotnic wagonowych i ładowarko zwałowarek będzie wyłącznie Rialex Crane System. Na tej podstawie Odwołujący przyjął, że to Rialex przewidziany został w części technicznej (w Załączniku nr 2B do umowy, pkt. 1.2.1.2. Tablica 1.2.1.2-1, pkt. 5) jako producent urządzeń ładowarko-zwałowarek i wywrotnic wagonowych. Tym samym, że oferta Erbud obejmuje dostawę urządzeń: ładowarko-zwałowarki i wywrotnice wagonowe, wyprodukowanych przez firmę Rialex Crane System.

2) Zgodnie z wymaganiami SIWZ pkt 1.2.1.4 Części B.3 SIWZ oraz odpowiedzią nr 365 z dnia 09.11.2015 r. układ nawęglania zgodny z SIWZ to taki, który będzie zbudowany z urządzeń nie tylko nieprototypowych, ale sprawdzonych w eksploatacji na konkretnych instalacjach. Przy czym tak samo specyfikację rozumie Zamawiający o czym świadczy pismo skierowane do Odwołującego z dnia 04.02.2016 r. w którym Zamawiający, cytując ww. postanowienia SIWZ i odpowiedź nr 365, wezwał Control Process S.A. do:

Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści Oferty w zakresie dotyczącym wykorzystania w zakresie oferowanego układu nawęglania sprawdzonych i posiadających odpowiednie referencje urządzeń w tym wywrotnic wagonowych i ładowarko-zwałowarek. Na jakich obiektach zostały zainstalowane wyprodukowane przez wskazane firmy wywrotnice wagonowe i ładowarko-zwałowarki?

Taki wymóg wydaje się być jak najbardziej uzasadniony z punktu widzenia interesu Zamawiającego. Trudno wyobrazić sobie sytuację w której ciągłość pracy bloku

energetycznego za 5 mld PLN w tak krytycznym punkcie jak podanie paliwa węglowego, będzie zapewniana przez urządzenia prototypowe!

3) Na podstawie oświadczenia Przedsiębiorstwa Usług Inżynierskich „Rialex” Sp. z o.o. (w obrocie występującego pod nazwą skróconą Rialex Crane Systems) stwierdzić należy, że ten podmiot nigdy nie wyprodukował ładowarko-zwałowarki, a jeśli chodzi o wywrotnicę to aktualnie trwa proces dostawy pierwszego tego typu urządzenia wytworzonego przez ww. firmę dla klienta EDF Polska SA, na obiekt EDF Polska S.A Oddział w Rybniku, przy czym uruchomienie i przekazanie do eksploatacji planowane jest na dzień 30.03.2016 r. W związku z powyższym zaoferowane przez Erbud ładowarko-zwałowarki i wywrotnice firmy Rialex Crane System nie są sprawdzone, ani nie posiadają referencji. Rialex może się co najwyżej w tym zakresie pochwalić „usługami modernizacyjno-remontowymi”, a nie kompletną dostawą. Odwołujący dysponuje tą wiedzą, gdyż sam rozważał zastosowanie urządzeń firmy Rialex z uwagi na znacznie niższą cenę. Z powodu braku referencji zrezygnował z zaoferowania tych urządzeń w niniejszym postępowaniu.

dowód: pismo Rialex Crane System z dnia 18.03.2016 r. (załącznik nr 2)

4) Należy podkreślić, że pomiędzy usługami remontowo-modernizacyjnymi, a dostawą nowych urządzeń jest ogromna różnica. W pierwszym przypadku dochodzi do wymiany (szerszej lub węższej, stosownie do zakresu remontu) podzespołów, części ulegających zużyciu, niemniej trzon urządzenia pozostaje niezmienny. Ładowarki czy wywrotnice są projektowane pod konkretne instalacje. Dobiera się wówczas optymalne rozwiązania wydajnościowe, technologiczne itp. Jeśli doszło do odtworzenia pierwotnych parametrów sprzętu w wyniku remontu (nawet gruntownego) lub nawet uzyskano lepsze właściwości, to nadal mamy do czynienia z urządzeniem wyprodukowanym i dostarczonym przez innego producenta. Rialex nie wykonał dotychczas żadnej ładowarko zwałowarki, tj. nie może wykazać, iż kiedykolwiek dostarczył kompletne, samodzielnie przez siebie zaprojektowane i wykonane urządzenie które pracowało w warunkach eksploatacyjnych, firma ta jedynie świadczyła usługi remontowe dla ładowarko-zwałowarek wyprodukowanych przez innych producentów. Zaś w odniesieniu do wywrotnic wagonowych, jedyne urządzenie które Rialex samodzielnie wyprodukował, wykonał i dostarczył nie zostało uruchomione i przekazane do eksploatacji, a zatem nie zostało sprawdzone w warunkach eksploatacyjnych, W związku z powyższym żądanie odrzucenia oferty Erbud z ww. powodu jest uzasadnione.

5) Dodatkowo trzeba wskazać, iż Zamawiający akceptując ofertę Erbud uwzględniającą dostawę nie sprawdzonych oraz nieposiadających referencji urządzeń, naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, zaś samo złożenie takiej oferty nosi znamię czynu nieuczciwej konkurencji. Należy podkreślić, iż CONTROL PROCESS gdyby uwzględnił w swojej ofercie ładowarko-zwałowarki i wywrotnice wagonowe od producentów których urządzenia są niesprawdzone i nie posiadają referencji, mógłby złożyć ofertę niższą o ok. 7-

9 mln PLN. Mimo, iż Odwołujący posiadał stosowne oferty, ze względu na zapisy SIWZ i odpowiedź na pytanie nr 365 nie uwzględnił ich w swojej kalkulacji cenowej.

C. ZANIECHANIE WYKLUCZENIA KONSORCJUM ERBUD.

1) Rozwijając argumentację odnoszącą się do zarzutu zaniechania wykluczenia Erbud należy uwydatnić dwie kwestie: po pierwsze zbadać wymóg SIWZ wynikający z opisu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; po drugie wskazać na okoliczności faktyczne świadczące, że warunek nie został potwierdzony.

a) Zgodnie z SIWZ o zamówienie mogli się ubiegać wykonawcy, którzy wykonali przynajmniej jedno zamówienie w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostawę, budowę, montaż i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji układu nawęglania zewnętrznego węglem kamiennym dla bloku energetycznego składającego się m.in. urządzenia ładowarko-zwałowarki o wydajności min. 250 Mg/h.

b) Jedyne zamówienie przedstawione w ofercie Erbud na potwierdzenie ww. warunku, tj. „Modernizacja instalacji nawęglania w zakładzie nr 3 (EC3) Veolia Energia Łódź SA”, w zakresie ładowarko-zwałowarki polegało na jej zdemontowaniu z jednego z zakładów Zamawiającego, wyremontowaniu, zmodernizowaniu i przeniesieniu na inny zakład Zamawiającego. Jest to okoliczność przyznana przez Erbud w odpowiedzi z dnia 11 lutego 2016 r. na wezwanie do uzupełnienia z dnia 04 lutego 2016 r. Erbud we wspomnianym piśmie wyjaśnia, że przeniesienie urządzenia do nowego zakładu wymagało wymiany wszystkich elementów mechanicznych, hydraulicznych, technologicznych, elektrycznych oraz systemu sterowania. Co jednak wymowne, dużo miejsca w swoich wyjaśnieniach poświęca polemice z opisem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jego zdaniem Zamawiający nie określił by urządzenia ładowarko-zwałowarki składające się na układ nawęglania miało być „urządzeniem dotychczas nigdzie nie instalowanym, ani uruchomionym.” Erbud podjął działania mające odwrócić uwagę od nie wykazania spełnienia przez niego warunków podmiotowych, tj. próbę wykazania niejasności w jak najbardziej czytelnym tekście, aby później skorzystać z przyjętej w orzecznictwie zasady rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść wykonawców. Tyle że w niniejszej sprawie specyfikacja pozostaje jasna, przejrzysta i wyczerpująca. Zakres przedmiotowy referencyjnego zadania został opisany przy użyciu zrozumiałych pojęć. Obejmował bowiem „zaprojektowanie, dostawę, budowę, montaż i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji układu nawęglania”.

c) W stosunku do ładowarko-zwałowarki, w ramach zamówienia dla Veolii Energia Łódź, jak przyznaje konsorcjum Erbud, przeprowadzono jedynie remont i modernizację urządzenia należącego do inwestora. W związku z powyższym w tej sytuacji nie może być mowy o dostawie, gdyż dostawa ładowarko-zwałowarki była tzw. „dostawą inwestorską” (nie wchodziła w zakres dostawy wykonawcy, gdyż dostarczał ją zamawiający).

2) Nie ulega wątpliwości, że spełnienie wymogu dostawy ładowarko-zwałowarki mogło potwierdzić wyłącznie świadczenie polegające na dostarczeniu przez wykonawcę dla zamawiającego określonego urządzenia (tu ładowarko-zwałowarki), połączone z przeniesieniem prawa własności. W takim przypadku jaki miał miejsce podczas modernizacji zakładu EC3 dla Veolia mieliśmy do czynienia z usługami remontowo- modernizacyjnymi, a nie dostawą urządzenia.

dowód: pismo Rialex Crane System z dnia 18.03.2016 r. (załącznik nr 3)

Ewentualnie można mówić o dostawie części, podzespołów niezbędnych do modernizacji urządzenia, ale nadal nie jest to dostawa ładowarko-zwałowarki. Świadczy o tym również fakt, iż ładowarko-zwałowarka w wykazie środków trwałych będących wynikiem referencyjnej inwestycji jest opisana jako „nakład dodatkowy”, a nie „Nowy środek trwały”.

dowód: Załącznik nr 6 - Środki trwałe (załącznik nr 4)

3) Należy podkreślić, że zakres modernizacji urządzenia podany przez Erbud w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oferty został opisany jako: „wymiana wszystkich elementów mechanicznych, hydraulicznych, technologicznych, elektrycznych oraz systemu sterowania”, tymczasem zgodnie z „Protokołem końcowym odbioru zadania inwestycyjnego i przekazania do eksploatacji”, dla zadania: „Modernizacja instalacji nawęglania w zakładzie nr 3 (EC3) Veolia Energia Łódź S.A. - I etap”, zakres modernizacji obejmował: „układ hydrauliki, instalacje elektryczne i sterowania”, a więc był znacznie węższy niż Erbud zasugerował w odpowiedzi.

dowód: Protokół końcowy odbioru zadania inwestycyjnego i przekazania do eksploatacji (załącznik nr 5, załącznik do pisma Erbud z dnia 11.02.2016 r.)

4) Pomiędzy dostawą ładowarko-zwałowarki, a jej modernizacją jest mniej więcej taka różnica jak pomiędzy budową obiektu (od podstaw), a jego remontem (nawet kapitalnym). Na tym tle dostępne jest bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, a z punktu widzenia specyfiki niniejszej sprawy warto przytoczyć zwłaszcza orzeczenie z dnia 20.10.2008 r. (sygn. KIO/UZP 1069/08), w którym przeczytamy: „Warunkiem udziału w postępowaniu było wykonanie co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na „wybudowaniu” podobnego obiektu kubaturowego (budynku) o powierzchni minimum 7 000 m², zatem nie można uznać, że wykonywanie robót budowlanych na istniejącej już powierzchni jest budową obiektu budowlanego, spełniającą warunek opisany w treści ogłoszenia o zamówieniu. (...) Skoro przyznana przez Odwołującego i nie budzącą wątpliwości jest okoliczność, że część podziemną budynku o powierzchni 2 400 m² wykonał inny Wykonawca, to nie można uznać, że Odwołujący w całości zrealizował (wybudował) obiekt budowlany, którego łączna powierzchnia netto wynosi 7 628,7m².” Stanowisko wynikające z ww. wyroku oznacza, że nie można powoływać się na realizację obiektu o określonych parametrach jeśli w jakimkolwiek zakresie (nawet najmniejszym !) został on

wykonany/dostarczony przez kogoś innego dla Zamawiającego i ta część prac już została wydana i odebrana przez Zamawiającego w ramach odrębnego zamówienia. W niniejszej sprawie mamy przypadek jeszcze bardziej oczywisty, bo Erbud tylko remontował ładowarko- zwałowarkę, a tym samym w ogóle nie dostarczył żadnego nowego urządzenia. Mówiąc bardziej dosadnie - inwestorowi nie przybyła w wyniku świadczenia Erbud żadna dodatkowa ładowarko-zwałowarka. Istotnym jest, że ww. wyrok KIO został podtrzymany w całości przez Sąd Okręgowy w Lublinie który wyrokiem z dnia 17 grudnia 2008 r. (IX Ga 211/08) oddalił skargę wykonawcy.

5) Kolejny przykład podobnej oceny doświadczenia znajdziemy w wyroku KIO z dnia 31maja 2010 r. (sygn. KIO/UZP 869, KIO/UZP 870/10, KIO/UZP 871/10), w którym stwierdzono: "Izba nie podzieliła twierdzenia odwołującego, iż doświadczenie i wiedzę, które są wymagane do realizacji niniejszego zamówienia można uzyskać nie tylko poprzez produkcję fabrycznie nowych wagonów, lecz także poprzez modernizację odpowiadającą swym projektem i zakresem obecnej praktyce w dziedzinie rozwoju, produkcji i eksploatacji wagonów metra. Zdaniem odwołującego, zakres prac wykonanych przez odwołującego przy projekcie modernizacji pojazdów metra potwierdza doświadczenie pozwalające na należyte i rzetelne wykonanie przedmiotowego zamówienia obejmującego wykonanie fabrycznie nowych pojazdów metra. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż fabrycznie nowy oraz zmodernizowany wagon metra, różnią się pewnymi szczegółami natury technicznej i technologią wykonania. Modernizacja może dotyczyć wielu różnych elementów pojazdu, jednak nie obejmuje wszelkich czynności wynikających z procesu produkcji pojazdu metra(podkreślenie własne Odwołującego). Zgodnie z definicją zawartą w ań. 4 pkt 43 ustawy o transporcie kolejowym modernizacja - obejmuje wszelkie prace modyfikacyjne wykonywane w podsystemie lub w jego części poprawiające całkowite osiągi podsystemu. Modernizacja nie obejmuje zatem całego procesu wytworzenia od podstaw danego pojazdu, co jest istotą procesu produkcji fabrycznie nowego pojazdu." Nie sposób nie zgodzić się z ww. stanowiskiem Izby, iż modernizacja nigdy nie obejmuje wszystkich czynności wynikających z procesu produkcji całego urządzenia, a już z całą pewnością nie obejmuje ich modernizacja jedynie w zakresie części układów (tj. hydrauliki, instalacje elektryczne i sterowania). por. także wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2011 r., sygn. KIO 1229/11, KIO 1241/11; wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r., sygn. akt KIO 809/11 („W ocenie Izby, modernizacja, rozbudowa czy przebudowa bez względu na to, czego dotyczy, zazwyczaj odnosi się do części budynku czy rzeczy, nie do całości w odróżnieniu od budowy, która ma charakter kompleksowy", podobnie w wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r.; sygn. akt: KIO/UZP 461/10).

6) Wreszcie w podsumowaniu warto nadmienić, że modernizacja, ładowarko-zwałowarki typu ŁZKS-200.18,5, jaka jest przywoływana w omawianych referencjach Erbud, to koszt nie

przekraczający kwoty 2 mln zł, natomiast dostawa nowego urządzenia to wydatek ok. 5 mln zł. Taka różnica w kosztach wynika z tego, że wyprodukowanie nowej ładowarko-zwałowarki obejmuje szereg etapów procesu produkcyjnego, których nie wykonuje się podczas modernizacji, tj. m.in.:

a) etap zaprojektowania całego urządzenia, w trakcie którego producent projektuje (ustala kształt, wymiary, materiał wykonania, itd.) poszczególne części urządzenia oraz komponuje je z częściami dostarczonymi przez zewnętrznych dostawców (np. silniki, okablowanie, itd.), tak aby całość po zmontowaniu stanowiła w pełni funkcjonalne urządzenie

b) etap prefabrykacji i dostawy części mechanicznej ładowarko-zwałowarki, w trakcie którego to etapu producent na podstawie wykonanej wcześniej dokumentacji projektowej produkuje (proces mechaniczny) części urządzenia które następnie są montowane w kompletną konstrukcję urządzenia (w przypadku urządzenia typu ŁZKS-200.18,5 część mechaniczna urządzenia waży około 150 ton)

Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp.,

Zamawiający wnosi o oddalenie Odwołania w całości.

Uzasadnienie stanowiska zamawiającego:

I. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum WARBUD

1. Niezgodność treści oferty z SIWZ w zakresie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (dalej „HRF”) oraz Ramowego Harmonogramu Realizacji Umowy (dalej „RHRU”)

a) Termin zakończenia każdego Etapu Realizacji powinien nastąpić nie później niż do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca

Etapy Realizacji nr 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 33 zawarte w HRF zamieszczonym w ofercie Konsorcjum WARBUD kończą się wprawdzie po 26 dniu danego miesiąca, ale nie można tego uznać ani za omyłkę ani tym bardziej za błąd w ofercie Konsorcjum WARBUD.

Należy podkreślić, że wykonawcy wypełniając HRF zakładali hipotetyczną datę zawarcia Umowy. W przypadku Konsorcjum WARBUD jest to data 29 grudnia 2015 r.

W odpowiedzi na pytanie nr 481 Zamawiający wskazał:

Zamawiający wyjaśnia, że przygotowując Ofertę Wykonawca sam określa hipotetyczny termin zawarcia Umowy (np. 28 grudnia 2015 r.). Od terminu określonego przez Wykonawcę jako termin zawarcia Umowy należy liczyć dotrzymanie terminów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ (np. nie później niż 8 tygodni od dnia zawarcia Umowy w przypadku Etapu Realizacji „Wykonanie Założeń i wytycznych do przygotowania projektów i realizacji innych instalacji składających się na inwestycję (jednostkę wytwórczą) będących poza zakresem Przedmiotu Umowy”). Wykonawca musi tak skonstruować Harmonogram Rzeczowo-finansowy oraz Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy, aby wpisać się w

terminy wymagane przez Zamawiającego, które są określone albo datami kalendarzowymi albo opisem w formule „nie później niż...” W momencie zawierania Umowy z wybranym Wykonawcą, terminy zawarte w Harmonogramie Rzeczowo-finansowym oraz Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy zostaną odpowiednio dostosowane z uwzględnieniem czasu określonego przez Wykonawcę na wykonanie poszczególnych czynności oraz do rzeczywistego terminu zawarcia Umowy.

Wobec powyższego trudno uznać za omyłki daty podane przez Konsorcjum WARBUD w ofercie, gdyż nie jest jeszcze znana data zawarcia Umowy.

Należy podkreślić, że podobne zagadnienie było przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO” lub „Izba”). W wyroku z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 237/13, KIO 244/13 Izba wskazała: W przypadku wskazania tak dokładnie określonych terminów zakończenia Etapów Realizacji, wobec przesuwania się momentu zawarcia Kontraktu, daty te stają się nieaktualne i wymagają korekty. Brak zatem podania konkretnych dat, które od razu tracą swoją aktualność, nie może być uznany za niezgodność merytoryczną treści oferty z treścią slwz.

b) W RHRU brak jest Etapów Realizacji nr 35, 36,37 zamieszczonych w HRF Powyższą omyłkę Zamawiający poprawił pismem z dnia 9 grudnia 2015 r. znak: DGR/DGR/JAW 810/W/0799/2015 uzasadniając w piśmie dokonanie tej czynności: Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Załączniku nr 4 do Umowy Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy: Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy ma zawierać wszystkie Etapy Realizacji i ich terminy podane w Ofercie przez Wykonawcę. Wykonawca w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy nie zamieścił trzech ww. Etapów Realizacji. Terminy wykonania tych Etapów Realizacji określił Zamawiający w SIWZ, a Wykonawca prawidłowo zamieścił w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym (str. 151 Oferty). Zdaniem Zamawiającego popełniona omyłka polegająca na niezgodności Oferty z SIWZ nie powoduje istotnych zmian w treści Oferty, została stwierdzona przez Zamawiającego jako bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności uzyskiwania wyjaśnień Wykonawcy.

Konsorcjum WARBUD wyraziło zgodę na poprawienie tej omyłki pismem z dnia 11 grudnia 2015 r. znak 0/Tauron_Jaworzno/232/15.

c) terminy wykonania Ruchu Regulacyjnego, Ruchu Próbnego

Konsorcjum WARBUD określając te terminy w ofercie popełniło omyłkę, którą Zamawiający skorygował na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Korygując omyłki zamawiający kierował się zarówno informacjami zawartymi w ofercie Konsorcjum WARBUD, jak i zapisami SIWZ.

W swojej ofercie Konsorcjum WARBUD potwierdził, że przejęcie Układu Nawęglania do Eksploatacji nastąpi 15 marca 2019 r.

Zapisy SIWZ jednoznacznie wskazują, że Rozruch Układu Nawęglania odbywa się wraz z Rozruchem Bloku (definicja nr 24 Rozruch w Umowie, Część CI. SIWZ i dalej konsekwentnie w Umowie i jej Załącznikach, także odpowiedź na pytanie nr 370 do SIWZ).

Rozruch Układu Nawęglania oraz Bloku składa się z:

- Ruchu Regulacyjnego,
- ~ Ruchu Próbnego, czyli 720 godzinnej próby pracy Bloku i Układu Nawęglania.

Rozruch kończy się podpisaniem Protokołu Przejęcia Układu Nawęglania do Eksploatacji.

W odpowiedzi na pytanie nr 39 do SIWZ Zamawiający podał terminy przeprowadzenia Ruchu Próbnego, tj. od 7 stycznia 2019 r. do 15 marca 2019 r.

Wobec powyższego należy uznać, że zamawiający zobowiązany był poprawić powyższe omyłki w ofercie Konsorcjum WARBUD. Co istotne, zamawiający był w stanie dokonać takiej poprawy bez uzyskania wyjaśnień od Konsorcjum WARBUD w tym zakresie. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 20 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1464/15: Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. zamawiający zobowiązany jest do poprawy w ofercie innych omyłek niż te, o których mowa w art. 87 ust. 1 i 2 p.z.p., które polegają na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Charakter tych omyłek, niezależnie od ich skomplikowania, powinien pozwalać na dokonanie przez zamawiającego samodzielnej poprawy, w którą to czynność poprawy nie będzie ingerował wykonawca. Nieistotność lub istotność zmiany treści oferty w wyniku dokonania poprawy oceniana powinna być każdorazowo w zakresie danego postępowania i danej oferty, bowiem sam ustawodawca posługując się nieostrym określeniem owych omyłek wskazał na konieczność odniesienia owej czynności do konkretnego stanu faktycznego.

Jak orzekła Izba w wyroku z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1472/15: Intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu aktualnie obowiązującego brzmienia art. 87 ust 2 p.z.p. było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy z 2004 r. • Prawo zamówień publicznych, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. (...) Złożenie oferty - co do zasady - stanowi de facto zaakceptowanie przez wykonawcę jednostronnie określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Stąd jako zasadą należy przyjąć, że wykonawca podejmując decyzję o uczestnictwie w postępowaniu i złożeniu w nim oferty chce przez to uczynić zadość postawionym w postępowaniu wymaganiom, w szczególności co do przedmiotu zamówienia, aby oferta odpowiadała treści siwz. W konsekwencji - jeżeli jakieś konkretne okoliczności dobitnie nie wskazują, że jest inaczej - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, a zatem z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi

w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze wykonawcom udaje się, z różnych względów, złożyć ofertę, której treść jest w pełni zgodna z treścią siwz i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust 2 pkt 3 p.z.p. Nie sposób zaakceptować stanowiska, że sam fakt złożenia oferty nie w pełni zgodnej z siwz jest dowodem woli złożenia przez wykonawcę oferty niezgodnej z siwz, gdyż wtedy przepis ten pozostałby martwy.¹

Jak podkreślił Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 roku (sygn. akt XII Ga102/09, niepublikowany): kwalifikator istotnych zmian (...) należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty, nie może rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia.

Co do zakresu dopuszczalnych korekt oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy wskazać należy, że w ramach poprawienia może dojść nawet do zmiany ceny oferty czy sposobu wykonania zamówienia. Może być zmieniony termin wykonania czy warunki płatności. Praktycznie tylko przedmiot oferty w zasadniczej części nie może ulec żadnym zmianom (wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r., KIO 2753/12, zgodnie z którym poprawienie oferty stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty, jeśli inny przedmiot świadczenia był oferowany przed dokonaniem poprawienia, a inny po poprawieniu). Zgodnie z orzecznictwem KIO powyższe ograniczenie nie dotyczy już jednak poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia, a wykazywanych w specyfikacjach technicznych czy przede wszystkim w kosztorysach ofertowych i harmonogramach. Jak wskazuje się zmiany w tych dokumentach są chyba najczęstszymi spośród zmian dokonywanych na podstawie art. 87 ust.2 pkt. 3 Ustawy. Przyczyną tego jest niewątpliwie częsta obszerność kosztorysów i harmonogramów, zawierających setki pozycji. Zresztą błędy w kosztorysie ofertowym, niewielkie w swej treści, ale bardzo niekorzystne w skutkach dla zamawiającego, dały początek nowelizacji przepisu art. 87 i wprowadzenia do niego ust. 2 pkt. 3 Ustawy.

Z brzmienia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawiania wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem "plastycznym", nie tylko pozwalającym, ale wręcz wymuszającym na zamawiającym podejmowanie różnego rodzaju czynności naprawczych, celem doprowadzenia stanu złożonych ofert do stanu zgodności z wymaganiami SIWZ [w:] M.Zam.Pub. 2015/4/48-52 - artykuł | notka bibliograficzna, LEX

W okolicznościach przedmiotowej sprawy wskazać należy w pierwszej kolejności, że sprostowanie omyłki nie spowodowało istotnej zmiany zakresu zobowiązań Konsorcjum WARBUD wynikającego z oferty, bowiem na podstawie całokształtu oferty oczywistym jest, że Wykonawca był zobligowany do przeprowadzenia Rozruchu Układu Nawęglania podczas Rozruchu Bloku, gdyż nie jest możliwe wykonanie Rozruchu instalacji pomocniczej bloku, jaką jest Układ Nawęglania, bez rozruchu obiektu głównego, jakim jest blok. Poprawienie terminu wykonywania Rozruchu nie wpływa na termin końcowy wykonania Przedmiotu Umowy, który został w ofercie określony prawidłowo.

Nadto należy zauważyć, iż zgodnie ze złożonym Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym przez Wykonawcę Konsorcjum WARBUD etap 30 dotyczący zakończenia Ruchu Regulacyjnego Układu Nawęglania (odpowiednik poz. 53 Ramowego Harmonogramu Realizacji Umowy) to ledwie 0,6740 % wartości oferty i poprawienie terminu wykonania przedmiotowego etapu nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia treści tej oferty. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26-03-2013 sygn. akt KIO 554/13 zwróciła uwagę na przedmiotowy problem w tezie 2 powołanego wyroku -Zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertą, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Każdorazowo więc przed podjęciem decyzji co do odrzucenia oferty zamawiający jest zobowiązany przeanalizować możliwość poprawienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Stosownie zaś do tego ostatniego przepisu zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W szczególności poprawienie w harmonogramie robót terminu wykonania niektórych robót o wartości zaledwie ok. 1% wartości całej oferty nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia treści tej oferty. Nie zasługuje na aprobatę stanowisko, zgodnie z którym poprawie w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych nie mogą podlegać elementy oferty, które stanowią essentialia negotii przyszłej umowy. Z przepisu art. 87 ust 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych nie wynika bowiem zakaz poprawiania elementów oferty, które mają taki charakter. Dla zaistnienia przesłanki nieistotności w rozumieniu art. 87 ust 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych koniecznym jest tylko, aby poprawa omyłki nie zniekształcała oświadczenia woli wykonawcy w sposób istotny.

Należy zważyć, iż Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła możliwość poprawienia wykonania terminu wykonania robót o wartości zaledwie około 1 % wartości oferty. W przypadku przedmiotowej sprawy w zakresie Wykonawcy Konsorcjum WARBUD jest mowa o poprawieniu terminu etapu robót o wartości zaledwie 0,6740 % wartości całej oferty.

Ponadto przekonanie Zamawiającego o nieistotności omyłki Wykonawcy Konsorcjum WARBUD wynika również z umiejscowienia przez Zamawiającego Etapu Realizacji nr 29

(poprzedzającego poprawiony w trybie art. 87 ust.2 pkt. 3 Ustawy Etap Realizacji nr 28) w będącym integralną częścią SIWZ Załączniku nr 3 do Umowy Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (Część C.2. SIWZ) ze wskazaną przez Zamawiającego datą zakończenia Etapu Realizacji nr 29 wyznaczoną na dzień 2018-07-13 oraz Etapu Realizacji nr 28 „Przygotowanie Układu Nawęglania do Ruchu Regulacyjnego” (będącego naturalnym poprzednikiem Etapu Realizacji nr 30), co powoduje, że Wykonawca w wyniku splotu wskazanych wyżej okoliczności omyłkowo wskazał datę, której poprawienie nie powoduje istotnych zmian w przedmiocie oferty. Zastosowanie przez Zamawiającego w HRF systematyki Etapów Realizacji w następującej kolejności: Etapu Realizacji nr 28 „Przygotowanie Ruchu Regulacyjnego Układu Nawęglania”, Etapu Realizacji nr 29 „Gotowość do podania węgla” ze wskazaną „na sztywno” chronologicznie datą 2018-07-13, Etapu Realizacji nr 30 „Zakończenie Ruchu Regulacyjnego Układu Nawęglania”- mogło powodować, że Wykonawca popełnił nieistotną omyłkę będąc przy tym w pełni świadomym, że musi wykonać Ruch Regulacyjny Układu Nawęglania w okresie Rozruchu Bloku. O tym, że Wykonawca był tego faktu świadomym świadczą m.in. zapisy w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy zamieszczonym w ofercie Konsorcjum WARBUD, w którym Wykonawca wskazał, w poz. 57 Ruch Regulacyjny Układu Nawęglania odbędzie się jednocześnie z ruchem regulacyjnym Bloku.

Analizując treść oferty złożonej przez Konsorcjum WARBUD Zamawiający nie ma podstaw do przypisania Wykonawcy Konsorcjum WARBUD świadomego celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego merytorycznie z SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła następujący pogląd w wyroku z dnia 08 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2907/13 pkt. 2 tezy : W zasadzie każdą rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ należy uznać za omyłkę, chyba że zamawiający ma podstawy do przypisania wykonawcy świadomego celowego złożenia oświadczenia woli sprzecznego merytorycznie z SIWZ, co w praktyce jest niezwykle trudno wykazać. Natomiast brak podstaw, aby nie uznawać za omyłkowe złożenia oświadczenia woli na skutek błędnego wyobrażenia wykonawcy o treści SIWZ, chyba że wykonawca będzie obstawał przy swoim rozumieniu treści SIWZ.

Należy podkreślić, że wykonawca Konsorcjum WARBUD nie obstawał przy swoim rozumieniu treści SIWZ, gdyż wyraził zgodę na poprawienie wskazanych przez Zamawiającego omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy (co w konsekwencji powoduje ocenę omyłki jako niezamierzonej).

Oferta Wykonawcy Konsorcjum WARBUD spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Istotą regulacji przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy jest niedopuszczenie do wyeliminowania ofert zgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego z powodu nieistotnych niezgodności. Tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2493/13: Celem instytucji uregulowanej w przepisie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy z

dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907ze zm.) jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

Należy podkreślić, że nieuprawniony jest również zarzut Odwołującego, że Konsorcjum WARBUD osiągnęło nieuprawnione przewagi finansowe w stosunku do pozostałych wykonawców. Zgodnie z zapisami SIWZ wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za Układ Nawęglania do dnia podpisania Protokołu Przejęcia Układu Nawęglania do Eksploatacji. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i ofertą Konsorcjum WARBUD podpisanie protokołu Przejęcia Układu Nawęglania do Eksploatacji planowane jest na 15 marca 2019 r. i do tej daty wykonawca ponosi odpowiedzialność za Układ Nawęglania, a więc musi w tym okresie zapewnić zespół realizujący Układ Nawęglania oraz zespół nadzorujący Układ Nawęglania.

2. niezgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie dysz systemu mgłowego (brak arkuszy danych producenta łącznie z charakterystykami eksploatacyjnymi)

Zamawiający stwierdza, że dane dotyczące dysz systemu mgłowego zamieszczone zostały w ofercie Konsorcjum WARBUD w części niejawnej, do której Odwołujący nie miał wglądu.

Tym niemniej Zamawiający stwierdza, że w ofercie Konsorcjum WARBUD zamieszczono dane dotyczące systemu mgłowego niezbędne dla oceny zaoferowanego rozwiązania,

II. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD

1. Niezgodność treści oferty z SIWZ w zakresie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (dalej „HRF”) oraz Ramowego Harmonogramu Realizacji Umowy (dalej „RHRU”)

a) Termin zakończenia każdego Etapu Realizacji powinien nastąpić nie później niż do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca

W tym zakresie zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w niniejszej odpowiedzi -odpowieź na zarzut 1.1.

2. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanych ładowarko - zwałowarek i wywrotnicy wagonowej

Zamawiający wyjaśnia, że kwestie związane z zaoferowanymi przez Konsorcjum ERBUD ładowarko-zwałowarkami i wywrotnicą wagonową były przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego (pismo Zamawiającego z dnia 4 lutego 2016 r. znak DGR/DGR/JAW

910/W/07429/2016, odpowiedź Konsorcjum ERBUD pismo z dnia 10 lutego 2016 r., znak 195/2016, oba pisma w aktach Postępowania objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

Na podstawie informacji zawartych w ofercie Konsorcjum ERBUD oraz wyjaśnień udzielonych w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy Zamawiający stwierdza spełnienie wymagania określonego w SIWZ przez Konsorcjum ERBUD w zakresie zaoferowanych ładowarko-zwałówek i wywrotnicy wagonowej.

3. Niezgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie dysz systemu mgłowego (brak arkuszy danych producenta łącznie z charakterystykami eksploatacyjnymi)

Zamawiający stwierdza, że dane dotyczące dysz systemu mgłowego zamieszczone zostały w ofercie Konsorcjum ERBUD w części niejawnej, do której Odwołujący nie miał wglądu.

Tym niemniej Zamawiający stwierdza, że w ofercie Konsorcjum ERBUD zamieszczono dane dotyczące systemu mgłowego niezbędne dla oceny zaoferowanego rozwiązania.

4. Niezgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie kosztów administracyjnych

Konsorcjum ERBUD na str. 572 oferty potwierdził, że w ramach usług uzyska pozwolenia wymagane przez Zamawiającego. Wykonawca wyłączył ze swoich usług koszty pozyskania decyzji, których uzyskanie - zgodnie z § 1 ust. 1.1. Umowy - należy do obowiązków Zamawiającego. Zgodnie z § 1 ust. 1.1. Umowy (Część Cl. SIWZ), akapit przedostatni, koszty uzyskania pozwolenia na budowę, pozwoleń pod kątem ochrony środowiska i pozwolenia na użytkowanie Układu Nawęglania obciążają Zamawiającego. Wobec powyższego oferta Konsorcjum ERBUD obejmuje uzyskanie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego decyzji administracyjnych.

III. Zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum ERBUD

Kwestie związane z potwierdzeniem spełnienia warunku zdolności technicznej przez Konsorcjum ERBUD były przedmiotem wyjaśnień (wezwanie Zamawiającego z dnia 4 lutego 2016 r., znak DGR/DGR/JAW 910/W/07430/2016, odpowiedź Konsorcjum ERBUD z dnia 11 lutego 2016 r., znak 203/2016). Zamawiający, po analizie wyjaśnień Konsorcjum ERBUD uznał, że wykonawca ten potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W zakresie wykonanego przez niego zamówieniach wchodziło bowiem przeprojektowanie, przebudowa i wymiana elementów mechanicznych, hydraulicznych, technologicznych, elektrycznych oraz systemu sterowania fadowarko-zwałówki. Potwierdza to załączony do wyjaśnień Protokół końcowy odbioru zadania inwestycyjnego (str. 5 wyjaśnień), gdzie Inwestor potwierdza, że przedmiotem odbioru jest ładowarko-zwałówka przeniesiona z EC2, zmodernizowana w

zakresie układu hydrauliki, instalacji elektrycznych i sterowania wraz z torowiskiem i fundamentem.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Izba ustaliła

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w oparciu o ustawę z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U 2015 rok poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp.”.

Na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy oraz z dokumentów zawnioskowanych w poczet dowodów zarówno przez strony jak i przystępujących w sprawie Izba nie stwierdziła aby naruszenia przepisów ustawy Pzp., których dopuścił się zamawiający miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający to jest TAURON WYTWARZANIE Spółka Akcyjna ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno prowadzi postępowanie na: „Zaprojektowanie, montaż, uruchomienie, wykonanie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji II części układu nawęglania zewnętrznego dla potrzeb nowego bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy 910 MW w TAURON Wytwarzanie S.A. - Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie, znak postępowania: 2015/TW-E01/TW-E01/02525/L.

Publikacja ogłoszenia nastąpiła w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2015/S 188 - 341722 z dnia 24.09.2015 r. oraz na stronie internetowej Zamawiającego - 24.09.2015 r.

Z krótkiego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że w zakres zamówienia wchodzi takie czynności jak: zaprojektowanie, budowa, dostawa, montaż, rozruch i przekazanie do eksploatacji II części układu nawęglania zewnętrznego dla potrzeb nowego bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne o mocy 910 MW w TAURON Wytwarzanie S.A. - Oddział Elektrownia Jaworzno III (ogłoszenie o zamówieniu).

Wartość szacunkowa zamówienia została przez zamawiającego określona na kwotę 115.000.0000,00 złotych netto i brutto 141.450.000,00 złotych.

W wyniku badania i oceny ofert za najkorzystniejszą ofertę zamawiający uznał ofertę przystępującego po jego stronie to jest konsorcjum wykonawców: WARBUD S.A ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa, Transsystem Sp. z o. o. Wola Dalsza 367, 37-100 Łańcut i Financing & Manufacturing & Know-How Sp. z o. o. Krasków 80, 46-200 Kluczbork, zwanych dalej „konsorcjum Warbud”.

Na drugiej pozycji znalazła się oferta przystępującego po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Erbud Industry Sp. z o. o. ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń i Erbud SA. ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa, zwanych dalej „konsorcjum Erbud”.

Z kolei oferta Control Process S.A. ul. Obrońców Modlina 16; 30-733 Kraków to jest oferta „odwołującego” uplasowała się na trzeciej pozycji według obowiązującego systemu kryteriów oceny ofert.

Odwołujący składając odwołanie zaskarżył czynności zamawiającego związane z badaniem ofert wykonawcy wybranego to jest konsorcjum Warbud jak i wykonawcy bezpośrednio poprzedzającego ofertę odwołującego to jest konsorcjum Erbud.

Odwołujący w związku z zaskarżeniem czynności zamawiającego a właściwie zaniechaniem właściwych czynności, żądał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty konsorcjum Warbud z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak również odwołujący żądał odrzucenia oferty wykonawcy bezpośrednio jego poprzedzającego to jest konsorcjum Erbud z powodu również jak wykonawcy wybranego sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ to jest na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz żądał wykluczenia tegoż konsorcjum z postępowania z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia zawodowego.

Izba zważyła

Izba w zakresie oferty konsorcjum Warbud to jest oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów stawianych tej przez odwołującego.

Zarzuty odwołującego dotyczyły dwóch dokumentów, które to wykonawcy mieli obowiązek załączyć do składanych ofert. Dokumentami tymi są Harmonogram Rzeczowo-Finansowy zwany dalej „HRF” jak również Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy zwany dalej „RHRU”. Niewątpliwie należy przyznać rację odwołującemu, że z powodu treści tych dokumentów stanowią one istotne elementy przyszłej umowy, które wytyczają terminy poszczególnych etapów robót jak i terminy płatności. Przy czym wykonawca sporządzając obydwie harmonogramy w określonym zakresie był związany przede wszystkim złożonym

formularzem ofertowym co do sumarycznego wynagrodzenia jak i postanowieniami SIWZ w zakresie sposobu oraz terminów realizacji poszczególnych etapów zamówienia.

Odwołujący co do oferty Konsorcjum Warbud podniósł kilka rodzajów zarzutów co do niezgodnego z wymaganiami SIWZ sporządzenia harmonogramów.

Pierwszy zarzut odnoszący się do Harmonogramu Rzeczowo Finansowego spowodowany był nie dotrzymaniem w ofercie konsorcjum Warbud wymagania SIWZ co do terminów kończenia poszczególnych etapów inwestycji, które według postanowień SIWZ miały kończyć się zawsze w poszczególnych miesiącach nie później niż do 26 (dwudziestego szóstego) dnia danego miesiąca. Przez zakończenie poszczególnego etapu zadania należy rozumieć sporządzenie przez zamawiającego i wykonawcę protokołu odbioru robót oraz wystawienie faktur vat. Przy czym postanowienia SIWZ nie zawierały konsekwencji jakie będą wynikać dla złożonej oferty w sytuacji naruszenia tych postanowień to jest wyznaczenia terminów zakończenia poszczególnych etapów prac po dniu 26 danego miesiąca. Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego wyjaśnił, że termin 26 danego miesiąca wynika z wymogu księgowości co do obiegu dokumentów. Można z okoliczności sprawy wywodzić, że w przypadku gdy dokumenty rozliczeniowe w tym faktury i protokoły odbioru robót wpływają po 26 danego miesiąca to służby zamawiającego w tym księgowość nie są w stanie dokonać ich oceny pod kątem formalno – prawnym. W konsekwencji należy domniemywać, że służby finansowo - księgowe nie są w stanie zaksięgować dokumentów rozliczeniowych do końca miesiąca, ponieważ procedury obiegu dokumentów u zamawiającego wymagają odpowiedniego czasu. Z logicznego punktu widzenia wynika, że nawet jeżeli dokumenty rozliczeniowe zostaną złożone po 26 danego miesiąca to również muszą być przyjęte i zaksięgowane ale już w następnym miesiącu. Zamawiający z pewnością ma procedury wewnętrzne związane z obiegiem dokumentów, które uniemożliwiają ewidencję dokumentu w danym miesiącu gdy zostanie złożony po 26 danego miesiąca. W ocenie Izby jedyną konsekwencją takiej sytuacji wewnętrznej zamawiającego jest zaewidencjonowanie dokumentu w następnym okresie rozliczeniowym. Podsumowując należy stwierdzić, że dokonanie zakończenia poszczególnego etapu realizacji zadania i złożenie dokumentów rozliczeniowych z tym związanych po 26 danego miesiąca stanowi o niezgodności oferty (HRF) z postanowieniami SIWZ ale nie jest to po pierwsze sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ, która skutkuje odrzuceniem oferty w myśl art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Po drugie jedyną konsekwencją złożenia dokumentów po 26 danego miesiąca w świetle postanowień SIWZ powinno być rozliczenie danego etapu robót w następnym okresie rozliczeniowym. Bowiem z postanowień SIWZ co do zamykania etapów rozliczeniowych to jest zawsze do 26 danego miesiąca należy wnioskować, że u zamawiającego okres rozliczeniowy nie trwa od pierwszego dnia miesiąca do ostatniego dnia miesiąca tylko od 26 szóstego danego miesiąca do 26 następnego danego miesiąca. Natomiast zamawiający skorzystał z regulacji

art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp uznając to za pomyłkę w ofercie, której poprawienie nie powoduje istotnych zmian w ofercie i dokonał poprawienia dat a wykonawca wybrany na taką procedurę zamawiającego przystał.

Uwzględniając okoliczność, że zarzut odwołującego podnosi sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ, Izbie postaje zarzutu nie uwzględnić, ponieważ data po 26 danego miesiąca w HRF nie stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. Zarzut ten dotyczył poz. 21,22,23,24,25,26,27, 30,31,32,33 HRF.

Co do drugiego zarzutu Sprowadza się on do braku odzwierciedlenia etapów realizacji zadania przewidzianych w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym z Ramowym Harmonogramem Realizacji Umowy a taki jest wymóg SIWZ. Odwołujący tutaj wymienia następujące pozycje HRF 35;36;37 i ich brak w RHRU. Z treści HRF wynika, że pozycje te dotyczą następujących etapów: przekazania zamawiającemu praw majątkowych do dokumentacji wykonawcy i praw do wykonywania autorskich praw zależnych do utworów wykonanych dla zamawiającego (poz. 35 HRF); udzielenie zamawiającemu niewyłącznych licencji lub sublicencji na czas nieoznaczony, w tym niewyłącznych licencji lub sublicencji na czas nieoznaczony dla dokumentacji wykonawcy i przekazanie praw do wykonywania autorskich praw zależnych do utworów wykonywanych dla zamawiającego (poz.36 HRF); udzielenie zamawiającemu licencji lub sublicencji na czas nieoznaczony, do korzystania ze sprzedanego na podstawie umowy oprogramowania komputerowego (poz.37HRF). Wszystkie te czynności wykonawca wybrany przewidział do dnia 15 marca 2019 roku i są one zgodne z SIWZ w zakresie zakończenia oddania do użytku przedmiotowego układu nawęglania. Również okolicznością nie kwestionowaną przez zamawiającego jest brak tych pozycji w RHRU co świadczy o niezgodności oferty w SIWZ. Zamawiający dokonał uzupełnienia RHRU i wpisał brakujące do niego pozycje stanowiące przeniesienie poz.35;36;37 do SIWZ a wykonawca wybrany wyraził zgodę. W ocenie Izby brak relacji w zakresie wyżej wymienionych pozycji pomiędzy HRF a RHRU nie stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ a jedynie stanowi niezgodność z SIWZ co do odzwierciedlenia wszystkich pozycji HRF w RHRU. Zamawiający miał obowiązek poprawić tę niezgodność w trybie ar.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby jest to niezgodność oferty z SIWZ co nie znaczy, że jest to równoważne z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do trzeciego zarzutu Omyłka wykonawcy wybranego sprowadza się do wyznaczenia terminu zarówno w HRF jak i w RHRU sprzecznie z treścią SIWZ. Zarzut dotyczy terminu w jakim wykonawca wybrany przekaze zamawiającemu Program Zapewnienia i Kontroli Jakości. Bezspornym w sprawie jest, że zamawiający w SIWZ przewidział termin nie dłuższy niż 3 miesiące od daty podpisania umowy. Z nieznanych okoliczności wykonawca wybrany

ten termin przedłużył do 7 miesięcy. Zamawiający chcąc doprowadzić ofertę do stanu zgodności z SIWZ skrócił ten termin do maksymalnego okresu to jest trzech miesięcy od daty podpisania umowy na co przystał wykonawca wybrany wyrażając zgodę na taką poprawkę oferty. Bezspornie jest to niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Wykonawca oferuje termin 7 miesięczny zamiast maksymalnie 3 miesięczny od daty podpisania umowy. Zamawiający w tej sytuacji poprawia ofertę doprowadzając do jej zgodności z treścią SIWZ wybierając maksymalny termin przekazania stosownego programu. W ocenie Izby takie postępowanie zamawiającego jest uprawnione to jest wybranie maksymalnego 3 miesięcznego terminu gdy wykonawca wybrany przekracza maksymalny termin o kolejne 4 miesiące. Izba dokonując indywidualnej oceny zaistniałej sytuacji poprawienia terminu uznaje to jako nieistotną ingerencję w treść oferty uznając tę ingerencję jako nieistotną zmianę treści oferty przez zamawiającego a co dopuszcza art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Reasumując zarzut nie zostaje uwzględniony.

Co do zarzutu czwartego dotyczy on niezgodności terminów oddania bloku energetycznego z oddaniem układu nawęglania w fazie ruchu próbnego, które to terminy wyznacza SIWZ. Okres przeprowadzenia ruchu próbnego układu nawęglania wraz z ruchem próbnym bloku energetycznego powiązanych technologicznie przewidziano w SIWZ na 720 godzin w okresie od 7 stycznia 2019 roku do 19 marca 2019 roku. Ponadto postanowienia SIWZ potwierdzają obowiązek przeprowadzenia w ostatniej fazie ruchu próbnego bezusterkowego ruchu próbnego trwającego nieprzerwanie 72 godziny. Wykonawca wybrany w złożonej ofercie sprzecznie z postanowieniami SIWZ i udzielonymi wyjaśnieniami przewidział czas ruchu próbnego wyznaczając go na ponad pół roku przed 7 stycznia 2019 roku to jest przewidując w RHRU go na dzień 29 czerwca 2018 roku. Zamawiający dostosowując ofertę wykonawcy wybranego do postanowień SIWZ dokonał stosownych poprawek w ofercie wykonawcy wybranego, na które to poprawki wykonawca ten wyraził zgodę. W ocenie Izby te sytuacje należy zakwalifikować jako sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ. Niemniej wobec z góry ustalonych obowiązujących terminów ruchu próbnego zamawiający miał obowiązek naprawienia w tym zakresie oferty wykonawcy wybranego. W ocenie Izby w tej indywidualnej sytuacji skoro terminy są narzucone przez zamawiającego to taka sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ podlega poprawieniu w trybie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba dokonując oceny zaistniałej sytuacji uznała za uprawnione poprawienie oferty, jako nie noszące znamion istotnej zmiany treści oferty. Skoro wykonawca wybrany był w stanie wcześniej wykonać zamówienie to tym bardziej mógł je wykonać w terminie późniejszym. Odwołujący też kwestionuje ulokowanie przez zamawiającego 72 godzinnego ruchu bezusterkowego nie w ostatniej fazie ruchu próbnego ale na początku ruchu próbnego to jest od 15.01.2019 roku do 17.01.2019 roku. Zarzut, że ruch bezusterkowy nie przewidziano w ostatniej fazie ruchu próbnego, został podniesiony dopiero w piśmie przygotowawczym

odwołującego z dnia 23.03.2016 roku. Zarzut ten jako nie zgłoszony w odwołaniu z dnia 14 marca 2016 roku, w którym to dniu upływał termin na wniesienie odwołania, Izba nie rozpoznała z uwagi na jego zgłoszenie po upływie terminu do wniesienia odwołania. Podnoszony zarzut zaniżenia kosztów zamówienia z powodu przyspieszenia zakończenia zadania nie miał wpływu na rozpoznanie zarzutu. Powyższe stanowisko wynika z okoliczności nie podniesienia zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego w związku z prawie rocznym przyspieszeniem wykonania zamówienia (29 czerwca 2018 roku a nie 15 marca 2019 roku) a co według twierdzeń odwołującego miało wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy wybranego.

Co do zarzutu piątego dotyczącego braku arkuszy danych producenta łącznie z charakterystykami eksploatacyjnymi systemu mgłowego to zarzut braku nie potwierdził się. Ponadto zamawiający w udzielonej odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 marca 2016 roku stwierdził między innymi, „że w ofercie Konsorcjum WARBUD zamieszczono dane dotyczące systemu mgłowego niezbędne dla oceny zaoferowanego rozwiązania” a odwołujący nie miał dostępu do tej części oferty z uwagi na jej utajnienie.

Reasumując zarzuty odwołującego co do oferty wykonawcy wybranego nie potwierdziły się.

Natomiast potwierdziły się zarzuty odnoszące się do oferty wykonawcy Konsorcjum Erbud i to zarówno w zakresie nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jaki w zakresie sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp przy ocenie oferty Konsorcjum Erbud. Zamawiający pismem z dnia 04.02.2016 roku DGR/DGR/JAW910/W/07429/2016 na podstawie art.87 ust.1 ustawy Pzp. wystąpił do konsorcjum Erbud wzywając do uzupełnienia oferty w zakresie podania danych technicznych i projektowych rozwiązań (załącznik nr 2 B do Umowy w pkt 1.2.1.2. specyfikacje techniczne dla układu Nawęglania należało wypełnić Tablicę 1.2.1.2. – 1 podając dane techniczne i projektowe urządzeń.). Dodatkowo zgodnie z postanowieniami pkt 1.2.1.4. Załącznika 2B do Umowy ”Wykonawca potwierdzi, że zgodnie z posiadanymi referencjami dla oferowanych rozwiązań technicznych (dla występujących warunków lokalnych i dla danych i założeń projektowych przyjętych dla przedmiotu Umowy) nie widzi zagrożeń w zakresie bezpieczeństwa technologii i niezawodności eksploatacyjnej pracy Układu Nawęglania.” Ponadto zgodnie z odpowiedzią nr 365 na pytania wykonawców ”Zamawiający oczekuje, że wykonawca w zakresie oferowanego układu nawęglania wykorzystywać będzie sprawdzone i posiadające referencje rozwiązania. Pisemne potwierdzenie wykonawcy poparte przykładowymi referencjami z zastosowań obiektowych dotyczącymi bezpieczeństwa obsługi i niezawodności będą odpowiednimi dokumentami umożliwiającymi ocenę przez zamawiającego pewności ruchowej układu.” W dalszej części pisma zamawiający wymienił

oferowany system na stronie 671 i 674 oferty konsorcjum Erbud (tajemnica przedsiębiorstwa co do nazwy producenta oferowanych urządzeń) układu nawęglania jako producenta wywrotnic wagonowych oraz ładowarko - zwałowarek oraz przywołał oświadczenie wykonawcy na stronie 680 oferty w pkt 1.2.1.4 gdzie wykonawca Erbud zamieścił oświadczenie o treści „Wykonawca potwierdza, że zgodnie z posiadanymi referencjami dla oferowanych rozwiązań technicznych (...) nie widzi zagrożeń w zakresie bezpieczeństwa technologii i niezawodności eksploatacyjnej pracy Układu Nawęglania”

Wezwanie zamawiającego sprowadzało się do żądania wyjaśnienia przez konsorcjum Erbud treści oferty w zakresie oferowanego układu nawęglania sprawdzonych i posiadających odpowiednie referencje urządzeń w tym wywrotnic wagonowych i ładowarko – zwałowarek. Na jakich obiektach zostały zainstalowane wyprodukowane przez wskazanego producenta wywrotnice wagonowe i ładowarko –zwałowarki. Pismo z uwagi na wskazanie w nim producenta objęte było tajemnicą przedsiębiorstwa.

Konsorcjum Erbud pismem z dnia 10 lutego 2016 roku udzieliło odpowiedzi na wezwanie zamawiającego obejmując pismo tajemnicą przedsiębiorstwa (L.dz. 195/2016). Z treści tego pisma wynika, że odwołujący wymienia dwa obiekty na których zamontowane zostały urządzenia to jest wywrotnica wagonowa i ładowarko – zwałowarka. Niemniej każde z tych urządzeń zamontowano na odrębnie funkcjonujących obiektach (strona druga pisma akapit drugi od dołu strony). W pozostałym zakresie w piśmie mieszczącym się na czterech i pół stronach konsorcjum Erbud kwestionuje wezwanie zamawiającego do przedstawienia referencji na bezpieczeństwo i niezawodność zaoferowanego rozwiązania technologii układu nawęglania. Konsorcjum Erbud co do zasady kwestionuje prawo zamawiającego do żądania dokumentów potwierdzający niezawodność i bezpieczeństwo oferowanej technologii jak i wskazania gdzie rozwiązanie zostało zastosowane. Wykonawca nie wskazuje tego miejsca jak i nie przedstawia referencji w zakresie rozwiązania technologii oferowanej odnoszącej się zgodnie z przedmiotem zamówienia do układu nawęglania. Wykonawca natomiast powtarza w piśmie tym oświadczenie, które zamawiający przywołał w wezwaniu, że zgodnie z posiadanymi referencjami dla oferowanych rozwiązań technicznych nie dostrzega zagrożeń dla bezpieczeństwa technologii i niezawodności eksploatacyjnej. Poza tym prowadzi wywody prawne przywołując poglądy doktryny jak i orzecznictwo, z których w jego ocenie wynika, że zamawiający po pierwsze nie ma prawa żądać dokumentu referencji, zgodnie z obowiązującym prawem (art.25 ustawy Pzp i rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – Dz. U. 2013 rok poz. 231) na potwierdzenie, że oferowane rozwiązanie techniczne układu nawęglania gwarantuje bezpieczeństwo i niezawodność technologii. Poza tym udzielona odpowiedź na pytanie Nr 365 bez jednoznacznej zmiany SIWZ nie ma znaczenia w sprawie o tyle, że nie może

stanowiąc podstawy do wezwania wykonawcy do złożenia referencji. Tym bardziej, że takie żądanie wymagałoby zmiany ogłoszenia o zamówieniu a takiej zmiany ogłoszenia nie odnotowano. Reasumując wykonawca nie wykonał wezwania zamawiającego i nie przedłożył referencji z zastosowania rozwiązań zaoferowanego układu nawęglania.

W ocenie Izby zamawiający nie wyciągnął właściwych konsekwencji z nie wykonania wezwania, z którego wynika, że żądał przedstawienia dowodu to jest referencji z zastosowanych rozwiązań technicznych potwierdzających niezawodność i bezpieczeństwo układu nawęglania.

Izba dokonując oceny obowiązujących w tym zakresie postanowień SIWZ jak i uwzględniając obowiązujący stan prawny nie podziela stanowiska wykonawcy Konsorcjum Erbud zajętego na wezwanie zamawiającego. Po pierwsze zamawiający wezwał do wyjaśnienia treści Oferty w zakresie wykorzystania oferowanego układu nawęglania to jest sprawdzonych i posiadających odpowiednie referencje urządzeń w tym wywrotnic wagonowych i ładowarko – zwałowarek. Również żądał wskazania na jakich obiektach zostały wywrotnice wagonowe i ładowarko - zwałowarki zainstalowane oczywiście producenta wymienionego w ofercie Konsorcjum Erbud

W ocenie Izby wykonawca Konsorcjum Erbud nie wykonał wezwania w żadnym zakresie.

Po pierwsze nawet wskazując miejsca zainstalowania wywrotnicy i ładowarko – zwałowarki wskazał dwa odrębne obiekty, których Izba nie wymienia z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedmiotem zamówienia nie jest dostawa urządzeń wywrotnicy wagonowej i dostawa ładowarki – zwałowarki. Przedmiotem zamówienia jest dostawa układu nawęglania poprzez jego zaprojektowanie, budowę, dostawę, montaż, uruchomienie. Czyli przedmiotem zamówienia jest rozwiązanie technologiczne o nazwie zewnętrzny układ nawęglania bloku energetycznego. Tym samym wezwanie zamawiającego do przedstawienia dostawy ładowarko – zwałowarki i wywrotnicy nawęglania należy rozumieć jako dostawę obydwu urządzeń w jednej dostawie na jeden obiekt. Natomiast z pisma konsorcjum Erbud wynika, że każde z urządzeń było instalowane na odrębnych obiektach.

Co do obowiązku przedstawienia referencji a takiemu obowiązkowi zaprzecza wykonawca Erbud jako nie mających umocowania w SIWZ, to nie tylko na podstawie odpowiedzi nr 365 ale na podstawie wyżej cytowanych SIWZ(*załącznik nr 2 B do Umowy w pkt 1.2.1.2. specyfikacje techniczne dla układu Nawęglania należało wypełnić Tablicę 1.2.1.2. – 1 podając dane techniczne i projektowe urządzeń. Dodatkowo zgodnie z postanowieniami pkt 1.2.1.4. Załącznika 2B do Umowy "Wykonawca potwierdzi, że zgodnie z posiadanymi referencjami dla oferowanych rozwiązań technicznych (dla występujących warunków lokalnych i dla danych i założeń projektowych przyjętych dla przedmiotu Umowy) nie widzi zagrożeń w zakresie bezpieczeństwa technologii i niezawodności eksploatacyjnej pracy Układu Nawęglania."*) wykonawca w ramach art.87 ust.1 ustawy Pzp. powinien je przedłożyć.

Skoro wykonawca składa oświadczenie na podstawie posiadanych referencji to w ocenie Izby zamawiający korzystając z instytucji art.87 ust.1 w ramach wyjaśnień dotyczących treści oferty w tym oferowanego przedmiotu zamówienia ma prawo wezwać do złożenia referencji skoro oświadczenie jest składane *zgodnie z posiadanymi referencjami dla oferowanych rozwiązań technicznych*. W związku z powyższym nie musi w tym celu zmieniać ani SIWZ, ani zmieniać Ogłoszenia o zamówieniu a udzielona odpowiedź nr 365 nie tworzy nowego bytu prawnego tylko stanowi wyjaśnienie w oparciu o istniejące wyżej już cytowane postanowienia SIWZ mówiące o oświadczeniu *zgodnie z posiadanymi referencjami dla oferowanych rozwiązań technicznych*.

Podsumowując wykonawca Konsorcjum Erbud nie udzielił wyjaśnień wezwany do ich złożenia w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp. a w ramach wyjaśnień zamawiający ma prawo żądać referencji skoro SIWZ zawiera postanowienie, że oświadczenie o gwarancji bezpieczeństwa i niezawodności technologii wykonawca wystawia zgodnie z posiadanymi referencjami dla oferowanych rozwiązań technicznych w tym przypadku zewnętrznego układu nawęglania bloku energetycznego. Reasumując zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 potwierdził się.

Drugi zarzut odnosi się do nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (doświadczenie zawodowe) w zakresie wykonania w formule „pod klucz” gdzie zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostawę, budowę, montaż i uruchomienie układu nawęglania zewnętrznego. Bezsparnie w sprawie ustalono, że wykonawca wykonał czynności modernizacyjne istniejącego układu nawęglania przez jego przeniesienie w inną lokalizację w tym związane także z modernizacją czynności takie jak zaprojektowanie, montaż, uruchomienie. Czynności modernizacyjne obejmowały układ hydrauliki, instalacje elektryczne i sterowania wraz z torowiskiem i fundamentem.

Według postanowień SIWZ z uwzględnieniem zmian do oferty należało złożyć Wykaz wykonanych zamówień, polegających na wykonaniu przynajmniej jednego zamówienia w formule „pod klucz”, którego zakres przedmiotowy obejmował zaprojektowanie, dostawę, budowę, montaż i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji układu nawęglania zewnętrznego węglem kamiennym dla bloku energetycznego.

Zamawiający w dniu 04.02.2016 roku wezwał wykonawcę Konsorcjum Erbud w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. do uzupełnienia dokumentów stwierdzając, że wymienione zadanie w ofercie wykonawcy nie było zrealizowane w systemie wymaganym przez zamawiającego, ponieważ „Ładowarko – zwałowarka przedstawiona w zadaniu referencyjnym została przeniesiona z innego zakładu, gdzie pierwotnie została zabudowana i uruchomiona przez innego wykonawcę niż ERBUD.”

Odpowiadając na przedmiotowe wezwanie zamawiającego, konsorcjum Erbud pismem z dnia 11 lutego 2016 roku nie wykonało wezwania zamawiającego tylko podjęło obszerną polemikę z tym wezwaniem i przedstawiło szereg dokumentów mających potwierdzić, że przedstawione w ofercie doświadczenie zawodowe jest odpowiednie w kontekście wymagań zamawiającego. Wykonawca konsorcjum Erbud wprost stwierdza, że wezwanie „jest bezzasadne z uwagi na to, że zamówienie, na które Wykonawca powołuje się w wykazie wykonanych zamówień zawartym w ofercie było realizowane zgodnie z wszystkimi wymaganiami punktu 13.1.3.4 Części A SIWZ”. Wykonawca ten przyznaje, że zamówienie nosiło tytuł ”Modernizacja instalacji nawęglania w zakładzie nr 3 (EC3) Veolia Energia Łódź S.A.” Natomiast Ładowarko – zwałowarka „została zdemontowana, wyremontowana, zmodernizowana i po przeniesieniu z innego zakładu założona od nowa. Konsorcjum Erbud uważa, że została ona faktycznie zaprojektowana, dostarczona, zbudowana i zamontowana oraz uruchomiona przez wykonawcę w ramach zadania referencyjnego”. Dalej wykonawca ten opisuje na czym polegała modernizacja ładowarko – zwałowarki. W konsekwencji swoich wywodów stwierdza, że ”Zamawiający w żaden sposób nie określił (...) w punkcie 13.1.3.2.1. podpunkt b) Części A SIWZ by urządzenie (...) miało być urządzeniem dotychczas nigdzie nie instalowanym, ani uruchomionym. Brak takiego wyraźnego i jednoznacznego zastrzeżenia (...) czyni bezpodstawnymi obecne uwagi Zamawiającego, a w konsekwencji również żądanie uzupełnienia oferty Wykonawcy w zakresie określonym pismem nr DGR/DGR/JAW910/W/07430/2016 z dnia 4 lutego 2016 r.” Podsumowując swoje wywody na okoliczność nieuprawnionego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp wykonawca Erbud stwierdza między innymi ”Zgodnie z jednolicie obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadą – wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy, skoro to zamawiający – mogąc zastosować różne sformułowania – wprowadza do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia o niejednoznacznej treści”. Do pisma wykonawca Erbud załącza dokumenty odbioru końcowego zadania inwestycyjnego i przekazania do eksploatacji wraz z załącznikami i tak: protokół z dnia 30 marca 2015 roku i z dnia 25 listopada 2015 roku. Z załączonych dokumentów wynika, że zadaniem jest modernizacja instalacji nawęglania a urządzenia układu nawęglania stanowią nakłady dodatkowe.

W ocenie Izby wykonawca Erbud po pierwsze nie wykonał wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w związku z wykazaniem modernizacji układu nawęglania a nie jego dostawy i budowy, po drugie Izba nie stwierdza aby postanowienia SIWZ w zakresie wymogu doświadczenia zawodowego były niejednoznaczne, ponieważ jednoznacznie określono, że przedmiotem jest budowa, dostawa układu nawęglania a nie przeniesienie i modernizacja układu nawęglania. Zamawiający jednoznacznie określił, że przedmiotem ma

być zaprojektowanie, dostawa, budowa, montaż i uruchomienie a nie modernizacja, przeniesienie i związane z nim zaprojektowanie modernizacji i montaż oraz uruchomienie. Wykonawca Erbud nie powinien mieć wątpliwości co do wymaganego doświadczenia zawodowego chociażby w kontekście samego przedmiotu zamówienia, którym jest dostawa i budowa układu nawęglania a nie jego modernizacja z przeniesieniem urządzeń technicznych. Jeżeli miał wątpliwości to powinien zadać pytanie zamawiającemu jakie doświadczenie jest wymagane. Chociaż w ocenie Izby wykonawca ten nie powinien mieć wątpliwości jakie doświadczenie jest wymagane. Ponadto jeżeli nie zgadzał się z wezwaniem w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. to powinien je zaskarżyć a nie je ignorować nie wykonując wezwania, stwierdzając na tym etapie, że postanowienia SIWZ są niezrozumiałe. Reasumując fakt przeniesienia, zaprojektowania i modernizacji oraz montażu i uruchomienia układu nie zwalniają wykonawcy Erbud z obowiązku budowy i dostawy, których w tym doświadczeniu brakuje. Przesłane na wezwanie dokumenty nie stanowią uzupełnienia dokumentów tylko potwierdzenie powołanego w wykazie ofertowym doświadczenia. Zamawiający jednoznacznie w wezwaniu wskazał konsorcjum Erbud , „że Ładowarki – zwałowarki przedstawione w zadaniu referencyjnym zostały przeniesione z innego zakładu , gdzie pierwotnie zostały zabudowane i uruchomione przez innego wykonawcę niż ERBUD”. Reasumując konsorcjum Erbud posiada doświadczenie ale nieodpowiednie do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia gdzie przedmiotem jest dostawa i budowa a nie przeniesienie i modernizacja urządzeń układu nawęglania. Tym samym zarzut braku doświadczenia zawodowego po stronie konsorcjum Erbud jak również jego nie uzupełnienie na wezwanie zamawiającego w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. potwierdziło się.

Co do zarzutu odnoszącego się do HRF w zakresie wymaganej daty 26 danego miesiąca, Izba tak jak w odniesieniu do wykonawcy wybranego podtrzymuje swoje stanowisko nie uwzględniając zarzutu.

Izba również nie uznaje za wykazany zarzut braku uwzględnienia w ofercie konsorcjum Erbud dotyczącego decyzji administracyjnych, których uzyskanie leży po stronie wykonawcy, co potwierdził w odpowiedzi na odwołanie zamawiający.

Pomimo częściowego potwierdzenia się zarzutów w stosunku do oferty konsorcjum Erbud odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp. jako nie mające istotnego wpływu na wynik postępowania, ponieważ zarzuty wobec wykonawcy wybranego Konsorcjum Warbud nie potwierdziły się.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....