

WYROK
z dnia 12 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2017 r. przez wykonawcę: **INSTAL KRAKÓW S.A., ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Wytwarzanie S.A., ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno (Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. ul. Energetyków 15, 43-603 Jaworzno),**

przy udziale wykonawcy: **OMIS S.A., ul. Kołobrzaska 8, 07-401 Ostrołęka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddała odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: INSTAL KRAKÓW S.A., ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **INSTAL KRAKÓW S.A., ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **3 716 zł 10 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset szesnaście złotych dziesięć groszy) od wykonawcy: **INSTAL KRAKÓW S.A., ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków** na rzecz zamawiającego: **TAURON Wytwarzanie S.A., ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno, (Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. ul. Energetyków 15, 43-603 Jaworzno)** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

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

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie, jako spółka wydzielona z TAURON Wytwarzanie S.A., w drodze sukcesji uniwersalnej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na wykonanie zadania pn.: „Zaprojektowanie oraz kompleksowe wykonanie, uruchomienie, przeprowadzenie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji estakad rurociągów, sieci ciepłej i parowej, sieci kablowej oraz magazynu wodoru w ramach projektu Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w TAURON Wytwarzanie S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.03.2016 r. pod numerem 2016/S 054-090909.

W dniu 11 maja 2017 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę OMIS S.A. z siedzibą w Siedlcach.

Wykonawca Instal Kraków S.A., z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją wprowadzoną ustawą z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, zwanej dalej „Pzp”, a w szczególności:

- art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp w związku z art. 91 ust 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy OMIS z postępowania i zaniechanie odrzucenia jego oferty pomimo, że wykonawca nie przedłużył okresu związania ofertą oraz z uwagi na wniesienie wadium z uchybieniem wyznaczonego przez Zamawiającego terminu,
- art. 8 ust. 1, 2, 3 i art. 96 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”), tj. zasadę jawności postępowania, poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej treści złożonych przez OMIS wyjaśnień w zakresie ceny oferty, pomimo, że wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechanie udostępnienia stron od 8 do 10 tych wyjaśnień, pomimo, że OMIS oświadczył, że tylko strony od 4 do 7 ww. wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OMIS pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny;

- art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OMIS pomimo, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust 2 pkt 3 w związku z art. 87 ust. 1 i art. 91 ust 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OMIS, chociaż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz poprzez nieuprawnioną poprawę ww. oferty w zakresie błędów w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy (RHRU), które Zamawiający błędnie zakwalifikował jako inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, czym dopuścił się niedozwolonych negocjacji treści oferty, na co OMIS wyraził zgodę, doprowadzając tym samym do zmiany treści złożonej oferty;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 91 ust 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OMIS pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie uwzględnia całego zakresu przedmiotu zamówienia wymaganego w SIWZ;
- art. 7 w związku z art. 91 ust 1 Pzp, poprzez wybór oferty OMIS, która powinna zostać odrzucona, przez co Zamawiający nie zapewnił w postępowaniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- udostępnienia Odwołującemu całej treści wyjaśnień złożonych przez OMIS pismem z dnia 18.04.2017 r., dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty wraz ze wszystkimi załącznikami, a w przypadku braku ku temu podstaw, nakazanie udostępnienia Odwołującemu stron od 8 do 10 ww. wyjaśnień wraz z załącznikami przywołanymi na tych stronach,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia OMIS z postępowania i odrzucenia ww. oferty,
- wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania bowiem uwzględnienie odwołania i wykluczenie OMIS z postępowania oraz odrzucenie tej oferty, spowoduje wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy OMIS z postępowania i zaniechania odrzucenia jego oferty pomimo, że wykonawca nie przedłużył okresu związania ofertą oraz wniósł wadium z uchybieniem wyznaczonego terminu.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 10 kwietnia 2017 r. Zamawiający wezwał wykonawcę OMIS do przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium w terminie do 14 kwietnia 2017r. Pismem z dnia 11 kwietnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców, w tym OMIS, o szczegółach wydzielienia z dniem 3 kwietnia 2017 r. spółki Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. z Tauron Wytwarzanie S.A. W dniu

12 kwietnia 2017 r. wykonawca OMIS złożył spółce Tauron Wytwarzanie S.A. oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania ofertą wraz z aneksem nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium. Aneksem tym OMIS nie wprowadził zmiany Zamawiającego z Tauron Wytwarzanie S.A. na Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o.

Dopiero w dniu 18 kwietnia 2017 r. wykonawca OMIS złożył Aneks nr 2 do gwarancji zapłaty wadium, w którym jako beneficjenta wskazał Zamawiającego - Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. OMIS nie przedłożył jednak oświadczenia o wyrażeniu zgodny na przedłużenie terminu związania ofertą Zamawiającemu - Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o.

Powołując się na orzecznictwo, Odwołujący podniósł, że wybór najkorzystniejszej oferty musi nastąpić w terminie związania ofertą. Wybór oferty, której termin związania upłynął, pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp (tak między innymi wyrok SO w Łodzi z dnia 21 września 2012 r., XIII Ga 392/13, LEX nr 1721012, oraz wyroki KIO: z dnia 31 stycznia 2013 r., KIO 109/13; z dnia 19 kwietnia 2013 r., KIO 776/13; z dnia 27 sierpnia 2014 r., KIO 1669/14).

Odwołujący wskazał, że skutki wygaśnięcia terminu związania ofertą trzeba rozpatrywać nie tylko przez pryzmat przepisów ustawy Pzp, lecz także przez odesłanie zawarte w art. 14 Pzp. do przepisów k.c., w tym art. 66 k.c., w świetle którego, stan związania ofertą jest konstruktywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uplyw terminu związania ofertą powoduje jej wygaśnięcie, wobec czego nie sposób w takiej sytuacji mówić w ogóle o ofercie, jako wiążącym oświadczeniu woli o gotowości do zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach.

Spółka OMIS w przedmiotowym postępowaniu nie dokonała przedłużenia terminu ważności oferty, gdyż oświadczenie z dnia 12 kwietnia 2017 r. złożyła podmiotowi nie będącemu już Zamawiającym. W wyniku wydzielenia, z dniem 3 kwietnia 2017 r., Zamawiającym stała się spółka Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o., i to tej spółce OMIS winien był złożyć ww. oświadczenie. Złożenie oświadczenia spółce Tauron Wytwarzanie S.A. po dacie wydzielenia nie odnosi skutku względem Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2, 3 i art. 96 Pzp w związku z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

a) poprzez niedostępnienie Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień OMIS w zakresie sposobu wyliczenia ceny z dnia 18 kwietnia 2017 r., mimo nieskutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

b) poprzez nieudostępnienie Odwołującemu stron od nr 8 do 10 wyjaśnień OMIS z 18 kwietnia 2017 r., pomimo oświadczenia wykonawcy, że jedynie strony od nr 4 do nr 7 ww. wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 12 maja 2017 r. udostępnił Odwołującemu protokół postępowania, z którego wynika, że Zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2017 r. wezwał OMIS do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny oferty. Wykonawca złożył wyjaśnienia pismem z dnia 18 kwietnia 2017 r. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu złożonych przez OMIS wyjaśnień w całości, albowiem wykonawca zastrzegł treść wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa. OMIS złożył wyjaśnienia na 12 stronach wraz z załącznikami nr 1-8. Zamawiający udostępnił Odwołującemu strony od 1 do 4, treść ostatniego akapitu ze strony 10 (4 linijki tekstu), strony 11-12 oraz załączniki 1, 4, 6 i 7.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą KIO, wykonawca winien przedstawić szczegółowe uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W stosunku do składanych przez wykonawcę w postępowaniu (po terminie otwarcia ofert) dokumentów, wyjaśnień, uzupełnień etc. należy *per analogiam* stosować reguły postępowania wyrażone w art. 8 ust. 3 Pzp.

Przepis art. 8 ust. 1 Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a tym samym całą oferta winna być jawna. Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp jawny jest protokół postępowania wraz z załącznikami (oświadczenia, zawiadomienia oraz inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców - art. 96 ust. 2 Pzp). Załączniki do protokołu udostępnia się po wyborze oferty najkorzystniejszej. Od zasady jawności postępowania przepis art. 8 ust. 2 Pzp wprowadza wyjątek, tj. możliwość ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem w przypadkach określonych w ustawie Pzp. Taki przypadek został określony w art. 8 ust. 3 Pzp.

Jeżeli wykonawca zastrzegł, że pewne informacje nie mogą być ujawnione, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to Zamawiający winien dokonać oceny skuteczności i poprawności „wykazania”, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca nie wykazał (nie udowodnił), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to informacje takie nie podlegają ochronie. Stanowisko dotyczące konieczności „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest mocno ugruntowane w orzecznictwie KIO, np. w wyroku KIO z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 279/15, wyroku z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 291/15, wyroku z dnia 3 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 561/15, wyroku z dnia 25 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 34/16, a także wyrok z dnia 23 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 421/17. Nie ulęga wątpliwości, że to wykonawca obowiązany jest wykazać (udowodnić), że informacje istotnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym brak takiego wykazania (udowodnienia) obliuguje zamawiającego do udostępnienia zastrzeżonych informacji.

Wykonawca OMIS nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ograniczył się bowiem jedynie do wskazania art. 8 ust 3 Pzp oraz przesłanek z art. 11 ust 4 uznk, jak również przytoczenia ogólnikowych stwierdzeń, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, są skierowane wyłącznie do Zamawiającego i nieujawnione do wiadomości publicznej, są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne oraz inne posiadające wartość gospodarczą, które obrazują jego zobowiązania względem kontrahentów, dotyczą wierzytelności oraz odnoszą się do inwestycji oraz oszczędności.

Wykonawca poinformował, że podjął szereg działań mających na celu zachowanie poufności informacji przedstawionych w wyjaśnieniach, zawężając to do wprowadzenia klauzuli poufności w umowach z pracownikami - przy czym - w żadnym z załączników nie można doszukać się umowy z pracownikami. OMIS nie wykazał zatem podjęcia działań zmierzających do zachowania danych informacji jako poufnych. Odwołujący wskazał w tym miejscu jako przykład własne działania podejmowane przy składaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

OMIS uzasadnił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa m.in., poprzez powołanie się na informacje o współpracujących z nim podwykonawcach, przy czym ta informacja jest powszechnie znana, gdyż OMIS w treści formularza oferty na stronach 4 i 5 podał nazwy swoich podwykonawców.

Jak wynika z powyższego OMIS nie wykazał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 18 kwietnia 2017 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zważywszy na zakres zastrzeżenia, jego celem jest w rzeczywistości utrudnienie weryfikacji prawidłowości danych przez innych wykonawców, a nie ochrona tych danych. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne z punktu widzenia przepisu art. 8 ust 3 Pzp. Odwołujący wskazał, że złożone przez OMIS wyjaśnienia są kluczowe dla całości postępowania, gdyż dotyczą sposobu wyliczenia ceny, a zatem powinny być jawne, aby inni wykonawcy mogli zweryfikować, czy wyjaśnienia te wraz z załączonymi dowodami potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Ponadto, wykonawca OMIS w wyjaśnieniach z dnia 18 kwietnia 2017 r. podał, że zastrzeżenie poufności obejmuje informacje zawarte w treści złożonego pisma. W wyjaśnieniach na str. 11, OMIS oświadczył, że jedynie strony od 4 do 7 wyjaśnień są poufne i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem Zamawiający, udostępniając Odwołującemu w dniu 12 maja 2017 r. wyjaśnienia OMIS, winien również udostępnić całe strony od 8 do 10, podczas gdy pozostawił on jako tajne strony od 5 do 10, za wyjątkiem ostatnich 4 linijek tekstu ze strony nr 10.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 91 ust 1 Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty OMIS, mimo że oferta winna zostać

odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jak również zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zgodnie z wymogami zawartymi w Załączniku nr 3 do Umowy „Harmonogram Rzeczowo - Finansowy” („HRF”) i wzorem HRF, każdy wykonawca winien złożyć w ofercie HRF, w którym należało podać wartości netto w PLN poszczególnych Etapów Realizacji. „HRF musi być zgodny z zapisami paragrafu 4 Umowy i Załącznika nr 6, a także musi zawierać wymienione niżej kluczowe etapy Realizacji Umowy.”

Wykonawca OMIS załączył do oferty Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, w którym podał wartości netto poszczególnych Etapów Realizacji nie w polskich złotych, ale w procentach, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ten sposób prezentacji wartości poszczególnych Etapów Realizacji jest niezgodny z wymogiem SIWZ i nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, gdyż Zamawiający musiałby przeliczyć procenty podane w kolumnie 4 HRF na wartości w polskich złotych.

Gdyby jednak Zamawiający dokonał takiego przeliczenia (przy uwzględnieniu, że cena ofertowa netto OMIS wynosząca 29.870.000,00 PLN stanowi 100%) i przyporządkował poszczególne pozycje z HRF wyrażone w % oraz przeliczył je na polskie złote, to otrzymałby: a/ dla pozycji 33 HRF (0,05%) wartość 14.935 zł netto, b/dla pozycji 34 HRF (0,05%) wartość 14.935 zł netto, c/ dla pozycji 35 HRF (0,03%) wartość 8.951 zł netto, d/ dla pozycji 29 HRF (0,02%) wartość 5.974 zł netto, e/ dla pozycji 30 HRF (0,02%) wartość 5.974 zł netto, f/ dla pozycji 31 HRF (0,03%) wartość 8.961 zł netto. Otrzymane w wyniku takiego przeliczenia kwoty byłyby niezgodne z treścią oferty OMIS bowiem:

Ad a/ Pozycja 33 HRF w ofercie OMIS to „Przekazanie Zamawiającemu praw majątkowych do Dokumentacji Wykonawcy i praw majątkowych do wykonywania autorskich praw zależnych do utworów wykonywanych dla Zamawiającego”, co odpowiada pkt 2a Formularza oferty - „wynagrodzenie za przeniesienie praw majątkowych do Dokumentacji Wykonawcy określonej w § 7 Umowy za przekazane prawa do wykonywania autorskich praw zależnych do utworów wykonanych dla Zamawiającego”. Wartość przyporządkowana przeniesieniu praw majątkowych wyliczona przez Zamawiającego z ww. proporcji i wynosząca 14.935 zł byłaby inna od wartości podanej w pkt 2a Formularza oferty, która wynosi 201000 zł.

Ad b/ Pozycja 34 HRF w ofercie OMIS to „Udzielenie Zamawiającemu niewyłącznych licencji lub sublicencji na czas nieoznaczony, w tym niewyłącznych licencji lub sublicencji na czas nieoznaczony do Dokumentacji Wykonawcy i przekazanie praw do wykonywania autorskich praw zależnych do utworów wykonanych dla Zamawiającego”, co odpowiada pkt 2b Formularza oferty - „wynagrodzenie za udzielenie niewyłącznych licencji lub sublicencji na czas nieoznaczony, w tym niewyłącznych licencji lub sublicencji na czas nieoznaczony do Dokumentacji Wykonawcy i za przekazane prawa do wykonywania autorskich praw zależnych do utworów wykonanych dla Zamawiającego”. Wartość przyporządkowana

udzieleniu niewyłącznych licencji lub sublicencji do Dokumentacji Wykonawcy wraz z przekazaniem praw do wykonywania autorskich praw zależnych wyliczona przez Zamawiającego z ww. proporcji i wynosząca 14.935 zł byłaby inna od wartości podanej w pkt 2b Formularza oferty, która wynosi 22.000 zł.

Ad c/ Pozycja 35 HRF w ofercie to „Udzielenie Zamawiającemu licencji lub sublicencji na czas nieoznaczony, do korzystania ze sprzedanego na podstawie Umowy oprogramowania komputerowego”, co odpowiada pkt 2c Formularza oferty - „wynagrodzenie za udzielenie Zamawiającemu przez Wykonawcę licencji lub sublicencji na czas nieoznaczony, do korzystania ze sprzedanego na podstawie Umowy oprogramowania komputerowego”. Wartość przyporządkowana udzieleniu licencji lub sublicencji do korzystania z oprogramowania komputerowego wyliczona przez Zamawiającego z ww. proporcji i wynosząca 8,961 zł byłaby inna od wartości podanej przez OMIS w pkt 2c Formularza Oferty, która wynosi 15.000 zł.

Ad d/ Pozycja 29 HRF w ofercie OMIS to „Zakończenie szkolenia *personelu Zamawiającego*”, co odpowiada pkt 2d Formularza Oferty - „wynagrodzenie za przeprowadzone szkoleń”. Wartość szkolenia personelu Zamawiającego wyliczona przez Zamawiającego z ww. proporcji i wynosząca 5.974 zł byłaby inna od wartości podanej przez OMIS w pkt 2d Formularza oferty, która wynosi 6.500 zł.

Jak wynika z powyższego, podane przez OMIS w punktach: 2a, 2b, 2c, 2d Formularza oferty wartości są błędne, gdyż wartości wyliczone z proporcji są inne niż podane przez OMIS. Zamawiający nie będzie mógł dokonać ich poprawy, gdyż zmieniłby w ten sposób treść złożonej oferty. Gdyby z kolei przyjąć inny sposób przeliczenia proporcji, a mianowicie przyjąć wartość podaną odpowiednio w Formularzu oferty jako % wskazany w HRF, to uległaby zmianie wartość oferty rozumiana jako 100%.

Odwolujący wskazał również na błąd w Formularzu oferty OMIS, polegający na tym, że 0,05% odpowiadające wartości pkt 2a Formularza oferty wynosi 20.000 zł, natomiast 0,05% odpowiadające wartości pkt 2b Formularza oferty wynosi 22.000 zł, czyli 0,05% ma różne wartości.

Dodatkowo, Zamawiający nie będzie mógł rozliczyć tych wyliczonych z błędem pozycji, gdyż zgodnie z zapisami pkt 17 Załącznika 6 do Umowy „Zasady Wynagradzania - pozycje: 2a, 2b, 2c, 2d, 2e, 2f oferty OMIS rozliczane będą fakturą VAT. I tak np. dla pkt 17.1 - cytat: „17. Jeżeli przedmiotem faktury VAT będzie Usługa lub Dostawa: 17.1 za przekazanie Zamawiającemu przez Wykonawcę praw majątkowych do Dokumentacji Wykonawcy określonej w § 7 Umowy i za przekazanie prawa do wykonywania autorskich praw zależnych do utworów wykonanych dla Zamawiającego - Wykonawca musi podać w załączniku do faktury VAT, jaka kwota Wynagrodzenia umownego netto jest

przyporządkowana do tej fakturowanej Dostawy; łączne wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu określonego w zdaniu pierwszym ust 17 jest podane w ust 7 niniejszego Załącznika”.

Niezgodności stwierdzone w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy (dalej „RHRU”).

Zamawiający w Załączniku nr 12 do Umowy „Rodzaje i zakres dokumentacji Wykonawcy” zawarł wymóg, cyt.: (...) „*terminy wykonania poniższych rodzajów dokumentacji podane przez Wykonawcę w Załączniku nr 4 do Umowy muszą być takie same, jak niżej w punkcie 1 niniejszego Załącznika.*”

Wykonawca OMIS w RHRU, stanowiącym Załącznik nr 4 do Umowy, niezgodnie z ww. wymogiem zaoferował następujące terminy zakończenia w nw. punktach RHRU:

- a. W pkt 3.8 RHRU dot. Dokumentacji jakościowej i rejestracyjnej OMIS błędnie podał, jako termin zakończenia datę 04.03.2019 r., podczas gdy zgodnie z SIWZ powinna to być data 26.03.2018 r.,
- b. W pkt 3.4 RHRU dot. Dokumentacji Techniczno-Ruchowej OMIS błędnie podał, jako termin zakończenia datę 15.02.2019 r., podczas gdy zgodnie z SIWZ, powinna to być data 09.03.2018 r.,
- c. w pkt 3.5 RHRU dot. Instrukcji Eksploatacji Estakad OMIS błędnie podał, jako termin zakończenia, datę 11.03.2019 r., podczas gdy zgodnie z SIWZ powinna to być data 09.03.2018 r.,
- d. w pkt 3.7 RHRU dot. Dostarczenia Wytycznych do opracowania procedury Pomiarów Gwarancyjnych OMIS błędnie podał, jako termin zakończenia, datę 15.03.2019 r., podczas gdy zgodnie z wymogami SIWZ powinna to być data 13.02.2019 r.,
- e. w pkt 3.9 RHRU dot. dostarczenia Dokumentacji Wykonawczej z naniesionymi zmianami „Red corex”, OMIS błędnie podał, jako termin zakończenia, datę 11.03.2019 r., podczas gdy zgodnie z wymogami SIWZ powinna to być data 21.12.2018 r.,

co jednoznacznie Zamawiający ustalił w piśmie z dnia 14.03.2017 r. oraz z 28.04.2017 r. Zamawiający w pkt 1.8 „Termin realizacji przedsięwzięcia” SIWZ Część B.I (strona 10) wymagał dotrzymania następujących terminów:

- gotowość sieci ciepłej na rozruch bloku - najpóźniej w dniu 13.07.2018 r.,
 - gotowość sieci parowej - najpóźniej w dniu 17.04.2018 r.,
 - gotowość magazynu wraz z stacją wodoru - najpóźniej w dniu 13.07.2018 r.
- a. w pkt 4.6 RHRU „Prace budowlane konstrukcji estakad” OMIS podał datę zakończenia w dniu 30.11.2018 r., a zatem po terminie wymaganym na osiągnięcie gotowości sieci ciepłej, sieci parowej, magazynu wodoru.
 - b. w pkt 6.6.2 RHRU „Montaż elektryki I AKPIA” OMIS podał datę 28.01.2019 r., czyli po

wymaganym terminie na osiągnięcie gotowości sieci cieplnej, sieci parowej, magazynu wodoru.

c. w pkt 8.4 RHRU „Próby ciśnieniowe wszystkich rurociągów” - rozpoczęcie 17.04.2016 r., a zakończenie 20.07.2018 r.

W przypadku wymaganej gotowości sieci parowej najpóźniej na dzień 17.04.2017r., OMIS dopiero w tym dniu rozpoczyna próby ciśnieniowe rurociągów, które kończą się 3 miesiące po terminie wymaganej gotowości sieci parowej.

Dla wymaganej gotowości sieci cieplnej oraz magazynu i stacji wodoru, próby ciśnieniowe OMIS kończy 7 dni po terminie wymaganym na osiągnięcie gotowości.

Ponadto, w pozycjach 8.12 i 8.13 RHRU próba 720 godzinnej nieprzerwanej pracy estakad rurociągów, sieci cieplnej i parowej, sieci kablowej (tras kablowych) oraz magazynu wodoru (jednocześnie z ruchem całego bloku) i próba 72 godzinnej bezusterkowej pracy estakad rurociągów, sieci cieplnej i parowej, sieci kablowej (tras kablowych) oraz magazynu wodoru (jednocześnie z ruchem całego bloku) kończą się 15.03.2019 r. Odwołujący zauważył, 63że OMIS nie ma możliwości powtórzenia Próby bezusterkowej 72-godzinnej pracy w przypadku, gdyby została ona przerwana, gdyż zakończenie tej Próby wyznaczył na dzień 15.03.2019 r., tj. na dzień podpisania Protokołu Przekazania dla całego Bloku.

Wobec powyższego, oferta złożona przez OMIS winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jak również na podstawie 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4, art 90 ust 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OMIS pomimo, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający w dniu 12.04.2017 r. wezwał OMIS do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny oferty. Wykonawca złożył wyjaśnienia w dniu 18 kwietnia 2017 r., które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający miał prawo skorzystać z art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie wyjaśnienia sposobu wyliczenia przez OMIS ceny oferty. Zastosowanie tej procedury potwierdza, że Zamawiający miał wątpliwości co do wysokości zaproponowanej ceny. Podkreślił, że fakt wezwania do złożenia wyjaśnień tworzy domniemanie, że cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. W tym celu wykonawca jest zobowiązany do złożenia wyjaśnień, które potwierdzą, że jest możliwe i realne wykonanie przedmiotu zamówienia za zaproponowaną cenę. Wykonawca jest również zobowiązany załączyć dowody, które to udokumentują.

OMIS składając wyjaśnienia wdał się w polemikę z Zamawiającym, kwestionując wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, co wskazuje na bagatelizowanie

wezwania i pozwala przypuszczać, iż OMIS nie dołożył staranności w podaniu szczegółowych informacji i dowodów, a jedynie poprzestał na ogólnikowych stwierdzeniach oraz załączył dowody, które nie potwierdzają, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia podzielono na sześć części:

1. Oszczędność metody wykonania zamówienia,
2. Wybrane rozwiązania techniczne,
3. Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy,
4. Oryginalność projektu wykonawcy,
5. Koszty pracy,
6. Pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu tej części wyjaśnień, w której znajdują się „rozwinęcia” ww. tytułów, ale uwzględniając doświadczenie Odwołującego w postępowaniach przetargowych, w tym organizowanych przez Tauron Wytwarzanie S.A. oraz opierając się na tytułach załączników do wyjaśnień Odwołujący przedstawił argumentację do tezy, że różnice pomiędzy Odwołującym, a spółką OMIS nie są na tyle istotne żeby uzasadniały różnicę w cenie ofert wynoszącą 3.330.000 zł netto pomiędzy OMIS a Odwołującym.

Ad.1 „Oszczędność metody wykonania zamówienia” oraz Ad.3 „Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania dostępne dla wykonawcy”.

Odwołujący wskazał, że składając wyjaśnienia co do sposobu obliczenia ceny wykonawca mógł się powołać na swoje doświadczenie w branży energetycznej (elektrownie, elektrociepłownie), w tym na doświadczenie wyniesione w związku z realizacją zadań dla konkretnych zamawiających. Odwołujący posiada jednak własny zakład produkcji przemysłowej wytwarzający konstrukcje stalowe, zbiorniki ciśnieniowe etc., w tym zgodne z wymaganiami Urzędu Dozoru Technicznego, własny zakład sprzętu i transportu.

Ważnym elementem wykazania oszczędności gospodarowania lub wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania dostępnych wykonawcy jest fakt realizacji w tym samym czasie innych projektów w ramach danego zadania, co pozwala na wygenerowanie oszczędności związanych z rozłożeniem kosztów stałych związanych chociażby z funkcjonowaniem zaplecza budowy na dwie lub więcej budów, rozłożenia kosztów dojazdów na budowy realizowane w tym samym czasie dla tego samego zamawiającego. I tak Odwołujący, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu uwzględnił fakt, iż pewne koszty stałe związane z zapleczem budowy, jego organizacją, uzbrojeniem w media, dojazdami, etc. rozdzielone również na inną budowę, tj. zaprojektowanie i wybudowanie Stacji Uzdatniania Wody i Oczyszczalni Ścieków dla potrzeb bloku energetycznego 910 MW w Elektrowni Jaworzno (w dniu 28.04.2017 r. Odwołujący podpisał umowę z Zamawiającym).

OMIS wskazał na doświadczenie w realizacji podobnych zadań - jedną robotę wykonaną jako członek konsorcjum dla Tauron Wytwarzanie S.A., tj. układ rozładunku, składowania 1 podawania biomasy do kotła (lata 2010 - 2012) oraz trzy inne roboty budowlane zawierające w swoim zakresie budowę estakad. Dla porównania Odwołujący przedstawił listę zrealizowanych zadań w analogicznym okresie oraz wskazał na cztery umowy zawarte obecnie.

Dalej OMIS wskazał na posiadanie własnej, wyspecjalizowanej kadry inżyniersko - technicznej przewidzianej dla realizacji zamówienia, legitymującej się stosownym doświadczeniem oraz uprawnieniami budowlanymi. Analizując załącznik 6 „Wykaz osób” do wyjaśnień, Odwołujący nie zauważył istotnych różnic pomiędzy personelem OMIS, a personelem Odwołującego, które miałyby wpływ na różnicę cenową obu ofert.

OMIS załączył do wyjaśnień informację z banku z dnia 21.04.2016r. potwierdzającą, iż spółka posiada bieżącą zdolność kredytową w wysokości 10 mln zł oraz Sprawozdanie Finansowe za rok 2015, na wykazanie sytuacji finansowej. Dla porównania Odwołujący wskazał na swoją opinię bankową z dnia 18.03.2016r. - potwierdzającą zdolność kredytową w wysokości 125 mln zł. Zauważył, że OMIS powinien był dołączyć aktualną na dzień składania wyjaśnień opinię bankową oraz dokumenty opisujące aktualną sytuację spółki.

Odwołujący zauważył, że posiada większe możliwości w zakresie uzyskania korzystniejszych rabatów w negocjacjach z dostawcami, podwykonawcami z uwagi na swoje zaangażowanie, doświadczenie, wielkość i liczbę realizowanych kontraktów, sytuację finansową (w tym zdolność kredytową), a mimo to zaoferował w postępowaniu kwotę wyższą o 3.330.000 zł netto, co potwierdza tezę o rażąco niskiej cenie OMIS.

Odwołujący wniósł o sprawdzenie, czy do wyjaśnień z dnia 18.04.2017r. OMIS dołączył dowody w postaci ofert podwykonawców / dostawców / usługobiorców. Jeśli nie, to złożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana przez OMIS cena jest rażąco niska.

Ad. 2. Wybrane rozwiązania techniczne oraz Ad. 4. Oryginalność projektu wykonawcy.

OMIS w załączeniu do wyjaśnień złożył „Kopie obliczeń statycznych stanowiących podstawę kalkulacji przedmiotowej oferty”, które nie zostały udostępnione Odwołującemu. Jednak nie można się dopatrywać oryginalności projektu OMIS w fakcie posiadania określonej na budowie struktury organizacyjnej dla tego projektu. Zdaniem Odwołującego, ta organizacja nie tłumaczy różnicy 3,33 mln zł netto w cenie oferty Odwołującego i OMIS, i nie odbiega od typowych organizacji przewidzianych do realizacji zadań w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Zdaniem Odwołującego, OMIS nie załączył do wyjaśnień szczegółowych wycen, kalkulacji cenowych dla poszczególnych elementów estakad, rurociągów, konstrukcji wsporczych, konstrukcji stalowych etc., które winny stanowić dowód na potwierdzenie, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Odwołujący wniósł o sprawdzenie, czy do wyjaśnień OMIS dołączył dowody w postaci szczegółowych wycen, kalkulacji cenowych, kosztorysów dla estakad, rurociągów, konstrukcji wsporczych, konstrukcji stalowych etc., wycen, kalkulacji cenowych, kosztorysów dla poszczególnych zakresów i rodzajów robót. Jeśli nie, to znaczy, że złożone wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie przez OMIS rażąco niskiej ceny.

Ad. 5 Koszty pracy.

OMIS przedłożył „Sprawozdanie Z-06 o pracujących, wynagrodzeniach i czasie pracy OMIS za rok 2016” oraz „Oświadczenie”, natomiast nie ma załącznika, który wskazywałby na przedstawienie kalkulacji nakładów robocizny, ilości roboczogodzin przyjętych do wyceny, wartości roboczogodziny wraz narzutami etc. dla poszczególnych grup robotników, nadzoru, kadry inżyniersko - technicznej. Nie można uznać, że Sprawozdanie Z-06 jest kalkulacją nakładów robocizny, wyliczeniem nakładów pracy przyjętych przez OMIS przy wycenie przedmiotowego zadania. Nie stanowi ono zatem dowodu, że oferta nie jest rażąco niska.

Ad. 6. Pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów.

Element pomocy publicznej, w przypadku gdyby była ona udzielona w znacznej wysokości mógłby uzasadnić różnicę cenową 3,33 mln zł netto pomiędzy OMIS, a Odwołującym. Odwołujący wskazał przy tym, że wykaz załączników nie wymienia elementów, które potwierdzałyby fakt udzielenia pomocy publicznej spółce OMIS.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty niezgodnej z SIWZ i nieuprawnioną poprawę 5 błędów w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy w ofercie OMIS, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co stanowi niedopuszczalne negocjacje treści oferty, prowadzących do zmiany jej treści.

Pismem z dnia 14.03.2017 r. Zamawiający po raz pierwszy zawiadomił o dokonanej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp czynności poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty OMIS z SIWZ. Pismem z dnia 15.03.2017 r. OMIS wyraził zgodę na dokonanie poprawy. W wyniku tej poprawy omyłek w RHRU, w 4 przypadkach zaistniała sytuacja, w której data zakończenia danego okresu była wcześniej niż data jego rozpoczęcia. Spółka OMIS wyraziła zgodę na poprawę dat w pkt 3.8, 3.4, 3.5, 3.7 RHRU.

Zamawiający przeprowadzając drugi raz czynność poprawy innych omyłek (pismo z dnia 11.05.2017r.) usunął swój błąd z pierwszej poprawy omyłek, tj. zmienił również daty rozpoczęcia.

Wskazane wyżej czynności poprawy omyłek, zdaniem Odwołującego, naruszają przepisy ustawy Pzp.

W RHRU wykonawca zobowiązany był podać daty rozpoczęcia i zakończenia realizacji czynności / zadań / zakresów.

1. W pkt 3.8 RHRU dot. Dokumentacji jakościowej i rejestracyjnej, OMIS zaoferował:

- rozpoczęcie: 12.11,2018 r.
- zakończenie: 04.03.2019 r.

Zamawiający poprawił błąd i wstawił jako:

- datę rozpoczęcia - dzień 04.12.2017 r.
- datę zakończenia - dzień 26.03.2018 r.

przesuwając o ok. 11 miesięcy wcześniej zarówno datę rozpoczęcia, jak zakończenia w stosunku do dat zaoferowanych przez OMIS w złożonej ofercie.

2. W pkt 3.4 RHRU dot. Dokumentacji Techniczno - Ruchowej, OMIS zaoferował:

- rozpoczęcie – 15.01.2019 r.
- zakończenie – 15.02.2019 r.

Zamawiający poprawił błąd i wstawił jako:

- datę rozpoczęcia - dzień 06.02.2018 r.
- datę zakończenia - dzień 09.03.2018 r.,

a tym samym przesunął o ponad 10 miesięcy wcześniej zarówno datę rozpoczęcia, jak i zakończenia w stosunku do dat zaoferowanych przez OMIS w złożonej ofercie.

3. W pkt 3.5 RHRU dot. Instrukcji Eksploatacji Estakad, OMIS zaoferował:

- rozpoczęcie: 15.01.2019 r.
- zakończenie: 11.03.2019 r.

Zamawiający poprawił błąd i wstawił jako:

- datę rozpoczęcia - dzień 12.01.2018r.,
- datę zakończenia - dzień 09.03.2018r.

a tym samym przesunął o ok. 1 rok wstecz zarówno datę rozpoczęcia, jak i zakończenia w stosunku do dat zaoferowanych przez OMIS.

4. W pkt 3.7 RHRU dot. dostarczenia wytycznych do opracowania procedury Pomiarów Gwarancyjnych, OMIS zaoferował:

- rozpoczęcie: 01.03.2019 r.
- zakończenie: 15.03.2019 r.

Zamawiający poprawił błąd i wstawił jako:

- jako datę rozpoczęcia - dzień 31.01.2019 r.
- jako datę zakończenia - dzień 14.02.2019 r.,

a tym samym przesunął o 1 miesiąc wstecz zarówno datę rozpoczęcia, jak zakończenia w stosunku do dat zaoferowanych przez OMIS.

5. W pkt 3.9 RHRU dot. dostarczenia Dokumentacji Wykonawczej z naniesionymi zmianami „Red corex”, OMIS zaoferował:

- rozpoczęcie: 10.09.2018 r.
- zakończenie: 11.03.2019 r.

Zamawiający poprawił błąd i wstawił jako:

- datę rozpoczęcia - dzień 22.06.2018 r.
- datę zakończenia - dzień 21.12.2018 r.,

a tym samym przesunął o ok. 3 miesiące wstecz zarówno datę rozpoczęcia, jak zakończenia w stosunku do dat zaoferowanych przez OMIS.

6. W pkt 12 RHRU dot. okresu wykonania Pomiarów Gwarancyjnych, OMIS zaoferował:

- rozpoczęcie: 15.03.2019r.
- zakończenie: 15.04.2019r.

Zamawiający poprawił błąd i wstawił jako:

- datę rozpoczęcia - dzień 13.02.2020 r.
- datę zakończenia - dzień 15.03.2020 r.,

a tym samym przesunął o 11 miesięcy później zarówno datę rozpoczęcia, jak i zakończenia w stosunku do dat zaoferowanych przez OMIS.

Odwołujący przywołał orzeczenie KIO o sygn. akt KIO 2372/15, KIO 2393/15 z dnia 18.11.2015 r., które wskazuje, jak winien postąpić Zamawiający, gdy oferta jest złożona niezgodnie z wymogami SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postąpił odwrotnie, tj. użył instytucji poprawienia innych omyłek do poprawienia błędów w ofercie OMIS, w wyniku czego nastąpiła zmiana treści oferty.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 oraz art 87 ust 2 pkt 3 Pzp. poprzez nieodrzućenie oferty OMIS, chociaż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, z uwagi na fakt, iż nie uwzględnia zakresu wymaganego w SIWZ.

Na podstawie analizy dokumentacji postępowania, w tym SIWZ wstępnego, SIWZ końcowego, jawnej części oferty wstępnej OMIS, jawnej części oferty końcowej OMIS, Odwołujący stwierdził, że przedmiot oferty końcowej OMIS nie odpowiada zakresowi opisanemu w SIWZ końcowym. Odwołujący wskazał, że dokumenty edycyjne opracowywane przez wykonawcę, złożone w ofercie końcowej, zostały sporządzone przy wykorzystaniu materiałów pochodzących z etapu oferty wstępnej (technicznej) i na podstawie SIWZ wstępnego, co - zwłaszcza w przypadku Załącznika nr 5 do oferty, który docelowo ma zostać dołączony do Umowy jako Załącznik nr 2B - oznacza, że OMIS zaoferował zakres prac nie uwzględniający zmian wprowadzonych przez Zamawiającego do dokumentacji technicznej oraz do SIWZ końcowego, w wyniku przeprowadzonych ze wszystkimi wykonawcami negocjacji technicznych. Jako przykład wskazał Załącznik nr 3 do Umowy („Harmonogram Rzeczowo-Finansowy”) - wykorzystano wzór zawarty w SIWZ wstępnym. Zatem, oferta

końcowa OMIS opiera się na SIWZ wstępnym, a nie SIWZ końcowym, wobec czego wykonawca nie zaoferował przedmiotu zgodnego z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że wykonawcy mieli obowiązek sporządzić Załącznik nr 5 do oferty, korzystając z wytycznych zawartych w SIWZ, zarówno we wstępnej SIWZ, jak i w SIWZ końcowym. Wytyczne te zostały zebrane w części B.3 pn.: „Wymagania ogólne odnośnie zawartości części technicznej oferty”. W Instrukcji dla Wykonawców Zamawiający zawarł następujące pouczenie (cytat za SIWZ końcowym):

„Wykonawca opracuje „Część Techniczną” Oferty (docelowo Załącznik nr 2.B do Umowy) na podstawie wymagań Zamawiającego określonych w Części B.2 SIWZ oraz w zgodzie z zapisami Umowy i Wytycznymi do opracowania Załączników do Umowy (Część B.3 i C.2 SIWZ). (...) Zawartość „Części Technicznej” Oferty, układ poszczególnych punktów oraz numeracja poszczególnych punktów musi być identyczna, jak w niniejszej Części B.3 SIWZ. Nie można pominąć żadnego punktu ani podpunktu.

Przedmiot Oferty / Przedmiot Umowy powinien obejmować cały zakres wymagany przez Zamawiającego w SIWZ,

Część Techniczna Oferty musi zawierać Informacje, rysunki i dokumenty wymagane przez Zamawiającego w SIWZ,

Przygotowując w Ofercie Część Techniczną Wykonawca:

- Dostosuje się do uwag Zamawiającego zawartych w Części B.3 SIWZ.
- Dostosuje się do dyspozycji, które są wyraźnie wskazane przez Zamawiającego w Części B.3 SIWZ.
- Dostarczy wymienione w Części B.3 SIWZ dokumenty i poda dane techniczne wymagane we wzorach tabel przedstawionych w Części B.3. SIWZ.
- Przedstawi własne rozwiązania techniczne na opracowanych przez siebie rysunkach, o stopniu szczegółowości nie mniejszym niż w SIWZ”.

Jednocześnie materiały przetargowe przekazane wykonawcom w części technicznej (projektowej) SIWZ końcowego różniły się pomiędzy sobą w sposób wynikający z wprowadzenia do projektów technicznych zmian (rewizji), będących wynikiem przeprowadzonych negocjacji technicznych, Odwołujący przedstawił stosowne zestawienie.

Zgodnie z przytoczonymi wyżej instrukcjami, dotyczącymi sporządzenia Załącznika nr 5 do oferty, zawartymi w części B.3 SIWZ, OMIS był zobowiązany zamieścić w punkcie 1.3.5.1 sześć tabel (tabele o numerach od 1.3.5.1-1 do 1.3.5.1-6), w których w pozycjach pn.: „Wyposażenie obiektu w instalacje” miał zadeklarować zgodność swojego rozwiązania projektowego z wymaganiami Zamawiającego zawartymi we właściwym projekcie technicznym. Zapis o takiej zgodności jest w każdej z tabel narzucony przez Zamawiającego, zatem - według przytoczonej na poprzedniej stronie Instrukcji dla Wykonawcy - nie podlega zmianie.

Punkt 1.3.5.1 - tabela 1.3.5.1-1 [SIWZ (końcowy) część B.3, strony 15-16]

[Estakady technologiczne]

Zdaniem Odwołującego, OMIS w poz.: „Wyposażenie obiektu w instalacje” przyjął tabelę i wymagania na podstawie wstępnego SIWZ, w którym jest zapis: „Zgodnie z zapisami Założeń i wytycznych projekt Y-1501 rewizja 3”. natomiast w SIWZ (końcowym) jest wymaganie: „Zgodnie z zapisami Założeń i wytycznych projekt Y-1501 rewizja 4”.

Punkt 1.3.5.1 - tabela 1.3.5.1-2 [SIWZ (końcowy) część B.3, strony 16-17]

[Sieć parowa]

Wykonawca OMIS w poz.: „Wyposażenie obiektu w instalacje” przyjął tabelę i wymagania na podstawie wstępnego SIWZ, w którym jest zapis: „Zgodnie z zapisami Założeń I wytycznych projekt Y-1597 rewizja 2”. natomiast w SIWZ (końcowym) jest wymaganie: „Zgodnie z zapisami Założeń i wytycznych projekt Y-1597 rewizja 3”.

Punkt 1.3.5.1 - tabela 1.3.5.1-3 [SIWZ (końcowy) część B.3, strony 17-18]

[Sieć ciepła]

Wykonawca OMIS w poz.: „Wyposażenie obiektu w Instalacje” przyjął tabelę i wymagania na podstawie wstępnego SIWZ, w którym jest zapis: „Zgodnie z zapisami Założeń I wytycznych projekt Y-1594 rewizja 2”, natomiast w SIWZ (końcowym) jest wymaganie: „Zgodnie z zapisami Założeń i wytycznych projekt Y-1594 rewizja 3”.

Punkt 1.3.5.1 - tabela 1.3.5.1-4 [SIWZ (końcowy) część B.3, strony 18-19]

[Magazyn wodoru] oraz:

Punkt 1.3.5.1 - tabela 1.3.5.1-5 [SIWZ (końcowy) część B.3, strony 19-20]

[Stacja wodoru]

Wykonawca OMIS w poz.: „Wyposażenie obiektu w instalacje” przyjął tabelę i wymagania na podstawie wstępnego SIWZ, w którym tabela ta dotyczyła tylko magazynu wodoru, a na etapie Oferty (końcowej) Zamawiający dodał tabelę 1.3.5.1-5 pn.: „Stacja wodoru”, którą OMIS prawdopodobnie pominął.

W SIWZ wstępnym jest zapis: „Zgodnie z zapisami Projektu Budowlanego Z-614.2.12.3 rewizja 1” natomiast w SIWZ (końcowym) jest wymaganie: „Zgodnie z zapisami Założeń i wytycznych zawartych w Y-1838” (taki sam zapis Zamawiający zawarł w tabeli 1.3.5.1-5 pn.: „Stacja wodoru”, prawdopodobnie pominiętej przez OMIS.

Punkt 1.3.5.1 - tabela 1.3.5.1-6 [SIWZ (końcowy) część B.3, strony 20-21]

[Przekładka magistrali ciepłowniczej]

W przypadku potwierdzenia się zarzutu o pominięciu przez OMIS jednej tabeli, co zostało opisane powyżej, w ofercie wykonawcy OMIS ta tabela może mieć numer 1.3.5.1-5.

Odwołujący zarzucił, że OMIS w poz.: „Wyposażenie obiektu w Instalacje” przyjął tabelę i wymagania na podstawie wstępnego SIWZ, w którym jest zapis: „Zgodnie z zapisami Założeń i wytycznych Przekładka MG zawartych w Y-1595 rewizja 0” natomiast w SIWZ jest

wymaganie: „Zgodnie z zapisami Założeń i wytycznych Przekładka MC zawartych w Y-1595 rewizja 1”.

Potwierdzenie się powyższych zarzutów oznacza, że OMIS w ofercie końcowej zaoferował wykonanie zakresu prac nieuwzględniającego zmian wprowadzonych do dokumentacji technicznej w wyniku przeprowadzonych negocjacji technicznych — czyli przedmiotem oferty OMIS jest inny zakres prac niż wymagany przez Zamawiającego.

Najważniejsze zmiany, których nie uwzględnienie w ofercie końcowej OMIS:

Ad. 1/. ESTAKADY TECHNOLOGICZNE

W ofercie końcowej OMIS zaoferował wykonanie zakresu zadania na podstawie wymagań zawartych we wstępnym SIWZ, tj. w projekcie nr Y-1501 zmiana 03 pn.: „Założenia i wytyczne do projektów wykonawczych estakad technologicznych dla bloku energetycznego o mocy elektrycznej 910 MW w TAURON Wytwarzanie SA - Oddział El. Jaworzno III w Jaworznie”, wykonanego w czerwcu 2016 r., a nie zakres określony w projekcie nr Y-1501 zmiana 04 pn.: „Założenia i wytyczne do projektów wykonawczych estakad technologicznych dla bloku energetycznego o mocy elektrycznej 910 MW w TAURON Wytwarzanie S.A. - Oddział El. Jaworzno III w Jaworznie” wykonanym w grudniu 2016 r., stanowiącym załącznik do SIWZ końcowego.

Powyższe oznacza, że OMIS nie uwzględnił w ofercie zmian wprowadzonych do dokumentacji projektowej na żądanie Zamawiającego po przeprowadzeniu negocjacji technicznych.

W projekcie Y-1501 zmiana 04 (15.12.2016r.) wprowadzono uzupełnienia na rysunkach:

- MI-25967 pn.: „Schemat układu rurociągów na estakadach” (wprowadzono rewizję „d”);
- MI-25968 pn.: „Widok Izometryczny przebiegu tras estakad” (wprowadzono rewizję „d”);
- KI-5327 pn.: „Schemat układu estakad” (wprowadzono rewizję „d”);
- KI-5327 pn/. „Schemat przekrojów charakterystycznych (wprowadzono rewizję „d”);
- KI-6173 pn.: „Schemat przekrojów charakterystycznych (wprowadzono rewizję „c”);
- KI-6174 pn/. „Schemat przekrojów charakterystycznych (wprowadzono rewizję „c”);
- usunięto rysunki z branży elektrycznej (EI-160811; £1460812^ EI-160813a; EI-160814 oraz EM60815);

wprowadzono zmiany w załącznikach:

- załącznik nr 1 pn.: „Tabela rurociągów i kabli” (wprowadzono rewizję 04);
- załącznik nr 2 pn.: „Szablon koordynacji kabli na estakadach” (wprowadzono rewizję 02);
- usunięto załącznik nr 3 pn.: Model 3D - estakady technologiczne”;

uzupełniono opisy:

- przeprowadzono analizę pod kątem wyeliminowania potencjalnych kolizji pomiędzy projektowaną konstrukcją estakad; w szczególności jej fundamentami, a istniejącymi

podziemnymi trasami instalacji oraz pomiędzy słupami konstrukcji a skrajniami torów kolejowych;

- w tabelach charakterystycznych wartości obciążeń pionowych od prowadzonych na estakadach instalacji (str. 15 - 23) dokonano następujących zmian: usunięto instalację wodoru DN2 (SAG-2); dotyczy to odcinków: E-E2; E4-H; JI-H oraz T- 1)2 (we wstępnym SIWZ są dwie tabele: T-UI i U1-U2 - instalację wodoru usunięto na odcinku: T-UI);
- dodano instalację wody amoniakalnej DN15 (M2-16); dotyczy to odcinków: E-E2 oraz E2-E3);
- zmieniono średnicę rurociągów instalacji wody grzewczej (zasilanie Si-1 /powrót SI-2) na odcinku E4-E5 (było: DN150, jest: DN200);
- zmieniono średnicę rurociągów popiołu lotnego (MI-5, MI-6) na odcinkach: JI-J oraz JI-H (było: DN65/8Ó, jest: DN65);
- w związku z optymalizacją trasy estakad zmianie uległ wcześniejszy układ odcinków: K2-KI; K1-K5; K5-K; J1-K5 (zlikwidowany został węzeł K5).

W SIWZ końcowym część B.3 pn.: „Wymagania ogólne odnośnie zawartości części technicznej oferty” (część 2: Wymagania do części rysunkowej oferty technicznej) Zamawiający precyzyjnie sformułował żądania dotyczące części rysunkowej przynależnej do Rozdziału 1 („Rozwiązania techniczne Przedmiotu Umowy”) Załącznika Nr 5 do oferty, który docelowo zostanie przekształcony w Załącznik Nr 2B do Umowy: „W Części 1 Części Technicznej Oferty/Załącznika nr 2.B do Umowy Wykonawca przedstawi co najmniej rysunki wyszczególnione w niniejszej Części B.3 SIWZ, w tym: - plan generalny dla estakad rurociągów, sieci cieplnej i parowej, sieci kablowej (tras kablowych) oraz magazynu wodoru wraz z stacją wodoru - w skali 1:500 lub 1:1000; (..)”

Odwołujący wniósł o sprawdzenie, czy na załączonych do oferty OMIS rysunku/ryśunkach obligatoryjnych pn.: Schemat układu estakad (lub o podobnej nazwie) uwzględniony jest węzeł K5, który został zlikwidowany w związku ze zmianą trasy estakad oraz czy OMIS zawarł w ofercie instalację wodoru (rurociąg przesyłowy wodoru DN20 - SAG-2), który Zamawiający usunął z końcowego SIWZ. Wg wymagań podanych w SIWZ (kończonym) część B.3 pn.: „Wymagania ogólne odnośnie zawartości części technicznej oferty” odnośnie zapisy powinny znajdować się z ust. 1.2.1.1. pn.; Opis rozwiązań technicznych Układu estakad rurociągów, sieci cieplnej I parowej, sieci kablowej (tras kablowych) oraz magazynu wodoru” Załącznika Nr 5 do Oferty Wykonawcy (OMIS).

W przypadku potwierdzenia przez Izbę braku wprowadzenia zmian wymaganych SIWZ końcowym w ofercie OMIS zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ zostanie potwierdzony.

Ad. 2/ SIEĆ PAROWA.

OMIS zaoferował wykonanie zakresu zadania na podstawie wymagań zawartych we wstępnym SIWZ, tj. w projekcie nr Y-1597 zmiana 02 pn.: „Założenia i wytyczne do projektów wykonawczych poboru pary pomocniczej z cz. istniejącej El. Jaworzno III i doprowadzenia pary pomocniczej do bloku energetycznego o mocy elektrycznej 910 MW oraz odprowadzenia odstoin do oczyszczalni ścieków w TAURON Wytwarzanie S.A, - Oddział- El. Jaworzno III w Jaworznie", wykonanego w styczniu 2016 roku, a nie zakres określony przez Zamawiającego w projekcie nr Y-1597 zmiana 03 pn.: „Założenia I wytyczne do projektów wykonawczych poboru pary pomocniczej z cz. Istniejącej El.. Jaworzno III i doprowadzenia pary pomocniczej do bloku energetycznego o mocy elektrycznej 910 MW w TAURON Wytwarzanie Ś.A. - Oddział El. Jaworzno w Jaworznie", wykonanym w grudniu 2016 r., stanowiącym załącznik do SIWZ (końcowego).

Oznacza to, że OMIS nie uwzględnił w ofercie zmian wprowadzonych do dokumentacji projektowej przez Zamawiającego po przeprowadzeniu negocjacji technicznych z wykonawcami.

W projekcie Y-1597 zmiana 03 (grudzień 2016r.) wprowadzono następujące zmiany - wprowadzono uzupełnienia na rysunkach:

- CI-61308 pn.: „Para pomocnicza, Schemat technologiczny" (wprowadzono rewizję „b”);
- CI-61231 pn.; „Para pomocnicza do nowego bloku. Propozycja trasy rurociągu w istniejącym budynku maszynowni" (wprowadzono rewizję „b”),
- uzupełniono opisy:
- rurociąg przesyłowy - wyprowadzenie z istniejącego budynku maszynowni i początek trasy,
- odwodnienie rurociągu na estakadach,
- odwodnienie przed wejściem do nowego bloku,
- wstępne zestawienie urządzeń i materiałów,
- uwagi i wnioski (usunięto uwagę nr 3).

Nie uwzględnienie zmian wprowadzonych przez Zamawiającego w SIWZ końcowym można również zweryfikować przez porównanie podstawowego schematu technologicznego pary pomocniczej dla nowego bloku. W SIWZ wstępnym jest załączony Schemat Technologiczny Pary Pomocniczej do Nowego Bloku - rysunek CI-61308 zmiana „a” z 05.2016 (Nr projektu Y-1597), natomiast w SIWZ końcowym jest Schemat Technologiczny Pary Pomocniczej dla Nowego Bloku - rysunek CI-61308 zmiana „b” z 12.2016 (Nr projektu Y-1597). Podstawowe różnice pomiędzy Schematami Technologicznymi zostały przez Odwołującego zakreślone w „chmurkach”. Podstawowe różnice to brak: a/ brak bypassu na rurociągu DN400, b/ brak zaworu redukcyjnego na dolocie pary do wymienników, c/ brak zaworu bezpieczeństwa o nastawie 15,2 bar, d/ brak 4 dodatkowych zaworów DN25.

Brak uwzględnienia przez OMIS zmian wprowadzonych w Schemacie Technologicznym Pary Pomocniczej do Nowego Bloku - rysunek CI-61308 zmiana „b” z 12.2016 (Nr projektu Y-1597) ma niebagatelne znaczenie, a mianowicie:

Ad. a/ Bypass na rurociągu DN400.

Różnica nr 1 na Schemacie Technologicznym wprowadzona przez Zamawiającego (bypass na rurociągu DN400) jest bardzo istotna dla Zamawiającego z uwagi na bezpieczeństwo prowadzenia rozruchu całego bloku energetycznego 910MW. Wprowadzenie przez Zamawiającego bypassu, przez który ma płynąć para w ilości do 3,0 t/h umożliwia po zakończeniu rozruchu bloku 910 MW „wygrzewanie” w sposób ciągły rurociągu DN400, uniemożliwiając jego wychłodzenie. „Wygrzewanie” rurociągu DN400, który jest rurociągiem rozruchowym dla całego bloku 910 MW umożliwia, o ile zajdzie taka potrzeba, natychmiastowy rozruch bloku 910 MW. Brak bypassu powoduje, że w przypadku nagłego puszczania pary w ilości do 120t/h na wychłodzony rurociąg, może dojść do zniszczenia lub poważnego uszkodzenia rurociągu rozruchowego dla bloku energetycznego 910MW.

Oferta OMIS w zakresie wymaganej przez Zamawiającego technologii nie uwzględnia bypassu na rurociągu DN400, co stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Ad. b/ i Ad. c/ Zawór redukcyjny utrzymujący ciśnienie za zaworem na poziomie 13.5 bar na dolocie pary do wymienników oraz zawór bezpieczeństwa o 15.2 bar.

W dokumentacji przetargowej do oferty końcowej w projekcie Y-1597 w dokumencie pn. „Założenia i wytyczne dla projektów wykonawczych poboru pary pomocniczej z części istniejącej El. Jaworzno HI i doprowadzenia pary pomocniczej dla bloku energetycznego o mocy elektrycznej 910 MW w Tauron Wytwarzanie S.A, - Oddział El. Jaworzno III w Jaworznie” na stronie 26 Zamawiający zawarł wymogi w odniesieniu do ww. zaworów. „Istniejące wymienniki ciepłownicze XPS 1, 2 wymagają zabezpieczenia przed wzrostem ciśnienia. Zaleca się zabudowę nowych pomiarów ciśnienia i temperatury na wylocie ze stacji RS, o ile istniejące nie obejmują zakresu parametrów po modernizacji”.

„Na dolocie pary do wymienników powinna być zabudowana armatura odcinająca DN200 - DN250, zawór redukcyjny utrzymujący ciśnienie za zaworem na poziomie 13,5 bar(g). Maksymalna wydajność tego zaworu musi być ograniczona do 50t/h.”

To zalecenie zostało uwzględnione również na rysunkach:

- CI-61308 (rewizja „b”) pn.: „Para pomocnicza. Schemat technologiczny”,
- CI-61231 (rewizja „b”) pn.: „Para pomocnicza do nowego bloku. Propozycja trasy rurociągu w Istniejącym budynku maszynowni”.

Na pierwszym z ww. rysunków na kolektorze rozdzielającym (przed wymiennikami XPS-1, i XPS-2) pokazano położenie planowanego zaworu bezpieczeństwa (potw = 15,2 bar(g)) oraz zawór redukcyjny zamontowany na rurociągu SLBH50 DN350, ograniczający przepływ medium do 50 t/h. Brak tego zabezpieczenia może - w przypadku wzrostu ciśnienia

doprowadzić do awarii wymienników ciepłowniczych XPS-1 i/lub XPS-2 i do wyłączenia sieci ciepłowniczej w obszarze bloku 910MW.

Odwołujący zarzucił, że oferta OMIS w zakresie wymaganej technologii nie uwzględnia zabudowania zaworu redukcyjnego na dolocie pary do wymienników oraz nie uwzględnia zabudowania zaworu bezpieczeństwa na ciśnienie 15,2 bar (g) i wydajności 50t/h.

Ad. d/ Cztery dodatkowe zawory DN25.

Dodatковым elementem, wprowadzonym na żądanie Zamawiającego w projekcie Y-1597 zmiana 03 jest zastosowanie zaworów odcinających DN25 na spustach odwodnień lejkowych (ręcznych), które umożliwiają całkowite odcięcie układu odwodnień w przypadku, gdy rurociąg pary pomocniczej będzie cały czas utrzymywany w stanie nagrzanym, i nie będzie potrzeby odwadniania go przed rozruchem.

Odwołujący wniósł o sprawdzenie, czy na załączonym do oferty OMIS rysunku/rysunkach obligatoryjnych pn.: Schemat technologiczny (P&ID) pary uzupełniającej dla nowego bloku (lub o podobnej nazwie) są ujęte zawory odcinające spusty lejkowe (ręczne) rurociągu przesyłowego pary pomocniczej. Odwołujący zarzucił, że oferta OMIS w zakresie wymaganej przez Zamawiającego technologii nie uwzględnia zabudowania 4 zaworów DN25.

Ad. e/ Dodatkowo, w projekcie Y-1597 zmiana 03 Zamawiający wprowadził zapis (pkt 3.3. „Charakterystyka techniczna rurociągu przesyłowego pary” - str. 12):

„Rurociąg przesyłowy pary technologicznej na potrzeby nowego bloku ma następującą charakterystykę;

- ciśnienie obliczeniowe: 18 MPa(a)
- temperatura obliczeniowa: 280 °C
- średnica nominalna: DN400
- kategoria zagrożenia: JH
- rura 0406,4x8,8 : wg PN-EN 10216-2
- materiał: P265GH 72

Rurociąg stanowi nowe urządzenie ciśnieniowe i na wytwórcy tego rurociągu spoczywa odpowiedzialność, aby spełniał on przepisy określone w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 11 Hpca 2016r. w sprawie wymagań dla urządzeń ciśnieniowych i zespołu urządzeń ciśnieniowych (Dz.U. z dnia 15Hpca 2016poz, 1036).

Ze względu na III kategorię zagrożenia, dokumentacja projektowa podlega sprawdzeniu przez Jednostkę Notyfikowaną/przeprowadzeniu oceny na zgodność z wyżej wyszczególnionym Rozporządzeniem (...)

Klasa zamocowania rurociągów (podparcia i zawieszenie) powinna być zgodna z kategorią zagrożenia dla rurociągu parowego.

Ze względu na III kategorię zagrożenia, powinna to być klasa S3. (...)

Oprócz zamocowań systemowych dla rurociągów energetycznych uznanych wytwórców, dopuszcza się zastosowanie zamocowań wykonanych na podstawie Katalogu Elementów Rurociągowych, ale przywołane w nich normy muszą być zaktualizowane, a zastosowane materiały posiadać atest 2.2, a zawieszenia sprężynowe świadectwo odbiorowe „rodzaj 3.1”.

W związku z powyższym wymogiem w związku z III kategorią zagrożenia Odwołujący wniósł o sprawdzenie, czy w ofercie OMIS (Załącznik nr 5 do Oferty, pkt 1.3.5.1. pn.: „Specyfikacje techniczne części budowlanej - dane techniczne i projektowe dotyczące robót budowlanych" tabela nr 1.3.5.1-2. Pn.: „Sieć parowa", pozycja pn.: „Wyroby systemowe. Typ, rodzaj” znajduje się potwierdzenie o zastosowaniu wymaganych zamocowań systemowych dla rurociągu pary. W przypadku potwierdzenia przez Izbę braku wprowadzenia zmian wymaganych SIWZ końcowym w ofercie OMIS, opisanych szczegółowo w punktach a i b/c/, d/, e/ zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ zostanie potwierdzony.

Zarzut naruszenia art. 7 Pzp.

Jak wynika z powyższego uzasadnienia i przedłożonych dowodów, nie ulega wątpliwości fakt naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 7 ust 1 Pzp, poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty OMIS S.A., która winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 6, w związku z art. 90 ust. 1 Pzp.

Wykonawca OMIS S.A. z siedzibą w Ostrołęce zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania podniósł, co następuje.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, Przystępujący wskazał, że złożył prawidłową gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1, 2, 3 i art. 96 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, Przystępujący podniósł, że wbrew twierdzeniom Odwołującego wykazał, że zastrzeżone informacje zawarte w pkt 1-6 pisma z dnia 18 kwietnia 2017 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca precyzyjnie określił, które części przedmiotowego pisma zawierają tajemnicę oraz wskazał, jakie czynności zostały podjęte przez OMIS S.A. celem ochrony tych informacji. Oдноśnie nieudostępnienia Odwołującemu stron 8-10 ww. pisma wyjaśnił, że w zdaniu określającym zakres informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wkraść się błąd w podanych numerach stron zamiast od 4 do 7 powinno być od 4 do 10, na co wskazuje podanie punktów od 1 do 6 zawartych na tych stronach.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający mógł poprawić w ofercie OMIS wartości netto poszczególnych etapów podane w procentach, poprzez zapisanie ich

w polskich złotych w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż była to omyłka, która nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. Nawet jeśli przeliczone przez Zamawiającego kwoty były niezgodne z treścią oferty OMIS, czemu wykonawca zaprzecza, to niezgodność ta byłaby nieistotna i nie miałyby wpływu na wynik postępowania. Pozostałe niezgodności z SIWZ wskazane przez Odwołującego nie miały miejsca, a nawet gdyby wystąpiły, to nie byłyby one istotne i nie miałyby wpływu na wynik postępowania.

Kolejny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp także jest niezasadny. Cena oferty OMIS nie jest rażąco zaniżona, nie odbiega o więcej niż 30% od cen kolejnych wykonawców. Wezwanie do wyjaśnienia było spowodowane odwołaniem złożonym przez Odwołującego z dnia 7 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 689/17). Na wezwanie Zamawiającego, OMIS złożył wyjaśnienia pismem z dnia 10 kwietnia 2017 r.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 97 ust. 1 Pzp Przystępujący podniósł, że przez poprawę pięciu omyłek w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy oferty OMIS Zamawiający nie naruszył ww. przepisów. Dokonanie tej poprawy mieściło się w dyspozycji art. 87 Pzp. Przedstawione przez Odwołującego sprzeczności w datach rozpoczęcia i zakończenia odpowiednich zakresów, ewidentnie mieści się w pojęciu innej omyłki.

Również niezasadny jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 97 ust. 1 Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, oferta OMIS odpowiada treści SIWZ, co wykonawca potwierdził w oświadczeniu złożonym w ofercie, w konsekwencji czego przyjmuje na siebie ryzyko zrealizowania przedmiotu zamówienia, zgodnie z zapisami SIWZ. Podsumowując, Przystępujący zaprzeczył naruszeniu w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 1 czerwca 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie w części odnośnie zarzutów odnoszących się do jawnej części oferty, natomiast pismem z dnia 5 czerwca 2017 r. – w zakresie zarzutów dotyczących informacji zastrzeżonych przez wykonawcę OMIS, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności Zamawiający wyjaśnił, że w toku prowadzonego postępowania doszło do podziału dotychczasowego Zamawiającego – Tauron Wytwarzanie S.A., przez wydzielenie zorganizowanej części przedsiębiorstwa – Oddziału Jaworzno 910 w Jaworznie i przeniesienie go na Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. z dniem 3 kwietnia 2017 r., w której to dacie nastąpił podział spółki dzielonej i wpisana została do rejestru spółka nowo zawiązana – Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. Zgodnie z pkt 6 części II Planu podziału Nowo Zawiązana Spółka wstąpiła w prawa i obowiązki Spółki Dzielonej jako Zamawiającego w postępowaniach przetargowych dotyczących

przygotowania, budowy oraz działalności przenoszonego Oddziału Jaworzno 910 MW, zgodnie z Tablicą nr 9, w tym przedmiotowe postępowanie.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego przedłużenia terminu związania ofertą i wadium Zamawiający wyjaśnił, że wobec przejścia przedmiotowego postępowania na Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. w drodze sukcesji uniwersalnej wszelkie oświadczenia i czynności prawne dokonane przez wykonawców w toku postępowania wobec Tauron Wytwarzanie S.A. były i są nadal skuteczne wobec Zamawiającego - Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. Oświadczenie OMIS z dnia 12 kwietnia 2017 r. o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą zawiera wszystkie elementy identyfikujące postępowanie i Zamawiającego, i zostało przesłane zgodnie z danymi adresowymi wskazanymi w pkt 7.5 Instrukcji dla Wykonawców (Część A SIWZ) oraz w piśmie Zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2017 r. i przed upływem wyznaczonego terminu. Tym samym oświadczenie to wywołało skutek prawny wobec Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o., na którą postępowanie przeszło w drodze sukcesji uniwersalnej. Ponadto, oferta OMIS była i jest prawidłowo zabezpieczona gwarancją wadialną nr 02GG37/0018/17/0002, która została przedłużona do dnia 18 czerwca 2017 r. na mocy Aneksu nr 1 z dnia 11 kwietnia 2017 r. Aneks nr 2 wskazujący na nowego Zamawiającego został złożony w czasie trwania zabezpieczenia i ma wyłącznie charakter porządkowy. Jest oczywistą konsekwencją sukcesji generalnej po stronie Zamawiającego, wobec której zabezpieczenie wadialne jako stosunek prawny przeszło w całości na nowego Zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieujawnienia pełnej treści wyjaśnień OMIS w zakresie sposobu wyliczenia ceny oferty, Zamawiający wskazał, że OMIS w sposób wystarczający wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Wraz z wyjaśnieniami OMIS złożył oświadczenie, z którego jednoznacznie wynika, że informacje zawarte w pkt 1-6 pisma z dnia 18 kwietnia 2017 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – spełniają wszystkie wymagane przesłanki. Choć oświadczenie to nie jest rozbudowane, jednak zawiera wszystkie elementy niezbędne do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Pojęcie „wykazanie” nie jest równoznaczne z „udowodnieniem”. Ustawodawca wskazuje wyraźnie w przepisach na wymóg udowodnienia wówczas, gdy należy przedstawić dowody na określoną okoliczność. Zdaniem Zamawiającego, pojęcie to należy rozumieć jako „uzasadnienie”.

Ponadto w treści pisma z dnia 18 kwietnia 2017 r. OMIS wyraźnie wskazał, że zastrzeżeniem objęte są pkt 1-6 wyjaśnień, a podane błędnie numery stron, jako objęte zastrzeżeniem „tajemnicy przedsiębiorstwa” nie mają znaczenia, jako podane jedynie omyłkowo.

W zakresie zarzutu - niezgodności Formularza oferty i Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego oraz błędów w obliczeniu ceny, Zamawiający wyjaśnił, że podanie wartości

w HRF w procentach, a nie w złotych może co najwyżej stanowić drobną niezgodność formalną oferty z treścią SIWZ. Wskazał na nieścisłość we wzorze HRF opracowanym przez Zamawiającego – w opisie kolumny 4 zostało wpisane „wartość Etapu realizacji netto w PLN” jednak tytuł dokumentu brzmi „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (netto w %)”. W tej sytuacji Zamawiający uznał obie formy wypełnienia formularza za prawidłowe, nie wymagające poprawienia. Z punktu widzenia możliwości rozliczeń poszczególnych etapów, sposób określenia wartości etapów nie ma istotnego znaczenia. Odnosząc się do kwestii niespójności kwot wskazanych w poz. 2a), 2b), 2c) i 2d) Formularza oferty z wartościami przyporządkowanymi do poz. 33, 34, 35 i 29 HRF, Zamawiający wskazał, że różnice w wartościach ww. pozycji nie stanowią błędu lub niezgodności z treścią SIWZ, gdyż nie są one traktowane przez Zamawiającego jako tożsame. Zamawiający wyraźnie wskazywał w SIWZ wymagania dotyczące spójności pomiędzy określonymi elementami oferty. W odniesieniu do wartości z HRF i Formularza oferty w żadnym miejscu SIWZ nie postawił takiego wymagania. Zamawiający uznał, że wartości podane w pozycjach HRF odpowiadających nie muszą odpowiadać pełnej wartości punktom Formularza oferty, gdyż obejmują różny zakres wycenionych czynności. Podkreślił, że OMIS podał w pkt 2a), 2b) i 2c) Formularza oferty wartości wyższe niż we wskazanych przez Odwołującego pozycjach HRF, w którym możliwe było dokonanie wyceny części danych prac w innych etapach, co potwierdza, że pełna kwota danej pozycji HRF nie odzwierciedla pełnej wartości wynagrodzenia określonej w Formularzu oferty za daną część przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, co wyklucza możliwość błędu w obliczeniu ceny odnoszącego się do pewnego elementu oferty.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności RHRU oferty OMIS z treścią SIWZ, Zamawiający wyjaśnił, co następuje:

Ad. 2. a-e. W zakresie terminów w RHRU Zamawiający wskazał, że omówi ten zarzut wraz zarzutem nieuprawnionej poprawy omyłek w ofercie OMIS,

Ad. 2.f. Data zakończenia prac budowlanych konstrukcji estakad nie jest w jakiegokolwiek sprzeczności z wymaganiem co do daty gotowości sieci. Zgodnie z przyjętym zakresem prac budowlanych, obowiązkiem wykonawcy jest usunięcie wszystkich uszkodzeń konstrukcji estakad związanych z powłoką antykorozyjną po zakończeniu montażu wszystkich elementów i instalacji posadowionych na estakadach przez wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego. Założona przez wykonawcę data zakończenia prac budowlanych jest prawidłowa, gdyż umożliwia realizację tych prac.

Ad. 2.g. Wskazana w pkt 6.6.2 RHRU data zakończenia montażu elektryki i AKPIA nie jest sprzeczna z datą gotowości sieci cieplnej, parowej i magazynu wodoru. Montaż ten może być uznany za skończony, gdy zostaną założone pokrywy tras kablowych, a jak wskazuje pkt 9.2.1.1. Części B2 SIWZ, czynność ta winna być wykonana po terminach gotowości ww.

sieci. Jednocześnie wykonawca zadeklarował w poz. 8.1, 8.2 i 8.3 RHRU terminy gotowości sieci i magazynu wodoru, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Ad. 2.h. Odnośnie pkt 8.4 RHRU, próby ciśnieniowe wszystkich rurociągów będą prowadzone od 17.04.2018 r. do 20.07.2018 r. Ponieważ przedmiotem zamówienia jest objęta dodatkowo przekładka magistrali ciepłowniczej, próby obejmą również przełożoną magistralę ciepłowniczą, co do której Zamawiający nie podał w SIWZ dokładnego terminu zakończenia prac, lecz wskazał w pkt 1.8 części B1 SIWZ, że termin ten musi być uzgodniony z Zamawiającym w związku z innymi przekładkami tych rurociągów poza terenem elektrowni oraz koordynacją z sezonem grzewczym. Tym samym wykonawca mógł założyć wskazany w RHRU termin zakończenia prób ciśnieniowych.

Ad. 2.i. Nie ma niezgodności z SIWZ w zakresie terminu zakończenia 72- godzinnej bezusterkowej pracy estakad na dzień 15 marca 2019 r., w którym ma być podpisany Protokół Przejęcia do Eksploatacji. W poz. 8.13 RHRU wykonawca przewidział na wykonanie tej próby aż 25 dni roboczych, tj. od dnia 11 lutego 2018 r., co zapewnia prawidłowe zakończenie próby. Ponadto, Zamawiający nie sformułował w SIWZ wymagania, zgodnie z którym, zakończenie tej próby miałoby nastąpić z określonym wyprzedzeniem w stosunku do daty Protokołu Przejęcia do Eksploatacji.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający podniósł, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji wystąpił po stronie Zamawiającego obowiązek, a nie prawo do wezwania wykonawcy OMIS do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Zamawiający natomiast od początku traktował cenę oferty OMIS jako rynkową, realną i gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Cena oferty OMIS mieści się w granicach 30% odstępstwa od wartości przedmiotu zamówienia jednak przewyższa ten próg o 6% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich ofert, co zostało spowodowane nieuzasadnionym zawyżeniem ceny przez jednego z wykonawców, która stanowi aż 182,94% wartości zamówienia. Niezależnie od powyższego Zamawiający wyjaśnił, że złożone przez OMIS wyjaśnienia i dowody potwierdzają prawidłową i rzetelną wycenę oferty, zważywszy na szereg istotnych okoliczności potwierdzających, że cena oferty nie została zaniżona, tym bardziej w sposób rażący, lecz jest wynikiem kompleksowej i szczegółowej analizy przedmiotu zamówienia, optymalizacji sposobu jego wykonania oraz korzystnych dla wykonawcy okoliczności pozwalających na zaoferowanie ceny konkurencyjnej w stosunku do pozostałych wykonawców. W szczególności przedstawienie szczegółowych obliczeń statycznych konstrukcji stalowych świadczy w sposób jednoznaczny, że wykonawca w sposób rzetelny podszedł do szacowania ceny swojej oferty i oparł ją na konkretnych i precyzyjnych ustaleniach dotyczących sposobu realizacji tej zasadniczej części przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu nieuprawnionego poprawienia omyłek w ofercie OMIS Zamawiający wyjaśnił, że w zakresie niezgodności RHRU z treścią SIWZ omyłki dotyczą 6 terminów spośród 78 pozycji RHRU, które nie dotyczą kluczowych Etapów Realizacji (§14.1.3 Umowy) lub innych istotnych etapów wykonania robót budowlanych, lecz przekazywania przez wykonawcę określonych części dokumentacji i okresu wykonania Pomiarów Gwarancyjnych, które będą wykonywane przez niezależną firmę pomiarową, a nie przez wykonawcę. Żadna z tych pozycji nie występuje w HRF i nie są do nich przypisane płatności. Wskazane omyłki nie skutkują jakąkolwiek zmianą przedmiotu i zakresu oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Z uwagi na powyższe wskazane omyłki nie mają istotnego charakteru w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ponadto, Zamawiający wskazał, że wszystkie terminy w HRF, jak i w RHRU będą musiały ulec zmianie w związku z przesunięciem terminu zakończenia robót przez Generalnego Wykonawcę nowego Bloku energetycznego o mocy 910 MWe. Przesunięciu ulegną w szczególności terminy przeprowadzenia rozruchu, ruchu próbnego oraz przekazania przedmiotu do eksploatacji, tj. terminy, od których, zgodnie z Załącznikiem nr 12 do Umowy należy liczyć terminy przekazywania części dokumentacji, co do których OMIS popełnił omyłki. Mając na względzie powyższe, Zamawiający dokonał poprawy wskazanych omyłek, poprzez zmianę wpisanych przez wykonawcę terminów na maksymalne terminy dopuszczone przez Zamawiającego i określone w Załączniku nr 12 i 14 do Umowy. Ponadto, zgodnie z wymogiem określonym w pkt 13.1.2 Instrukcji dla Wykonawców (część A SIWZ), na kompletną ofertę składa się m.in. zaparaflowana Umowa wraz z załącznikami, zatem Załączniki nr 12 i 14 do Umowy, zawierające wymagania co do maksymalnych terminów przekazywania dokumentacji, zaparaflowane przez wykonawcę dołączone wraz z Umową jako Załącznik nr 3 do Formularza oferty stały się integralną częścią złożonej przez wykonawcę oferty.

W zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający przedstawił swoją argumentację w piśmie z dnia 5 czerwca 2017 r., którego treść, jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa OMIS, nie została ujawniona do wiadomości publicznej.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca OMIS S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba rozpoznała zarzuty w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją wprowadzoną ustawą z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 4 Instrukcji dla Wykonawców, stanowiącej Część A SIWZ oraz §1 pkt 1.1 Wzoru Umowy stanowiącej Część C.1 SIWZ, jest zaprojektowanie oraz kompleksowe wykonanie, uruchomienie, przeprowadzenie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji estakad rurociągów, sieci ciepłej i parowej, sieci kablowej oraz magazynu wodoru w ramach projektu Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w TAURON Wytwarzanie S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie.

Przedmiot Umowy obejmuje zaprojektowanie i wykonanie w formule „pod klucz” Przedmiotu Umowy, który spełniać będzie wymagania Umowy i wymagania obowiązujących w Polsce przepisów prawa i stosowanych w Polsce norm technicznych i ekologicznych w dniu podpisania Protokołu Przejęcia Przedmiotu Umowy do Eksploatacji.

Formuła „pod klucz” obejmuje cały proces inwestycyjny i oznacza sposób wykonania Przedmiotu Umowy według zasady „kompleksowe projektowanie, dostawy, wykonawstwo, w tym montaż, rozruch i przekazanie do eksploatacji” jako zintegrowanej całości o cechach technologicznych i Gwarantowanych Parametrach Technicznych określonych w Umowie, z wykonaniem wszelkich Robót Budowlanych, Dostaw i Usług, które potrzebne są do tego, aby wybudowany Przedmiot Umowy osiągnął wymagane w Umowie charakterystyki eksploatacyjne, Gwarantowane Parametry Techniczne, zdolność ruchową i bezpieczeństwo, nawet jeśli jakieś elementy Przedmiotu Umowy, tj. elementy Dostaw, Robót Budowlanych lub Usług nie są wyraźnie wyszczególnione w Umowie, pod warunkiem, że te Dostawy, Roboty Budowlane lub Usługi mieszczą się w granicach Przedmiotu Umowy, zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy.

Postanowienia niniejszego paragrafu odnośnie wykonawstwa w formule „pod klucz” mają zastosowanie w szczególności do prac projektowych lub budowlanych, których

konieczność wykonania ujawni się w trakcie wykonywania Umowy (np. gdy prace nie były wyraźnie wymienione w Umowie lub wykraczały poza szczególne wyliczenia czynności i prac zawartych w Umowie), ale które posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie Wykonawca powinien był przewidzieć, w świetle obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy technicznej i doświadczenia, jednakże zawsze w odniesieniu do Przedmiotu Umowy. W związku z powyższym, prace, o których mowa w zdaniu pierwszym tego akapitu, traktowane będą jako objęte Przedmiotem Umowy oraz zostaną wykonane przez Wykonawcę w ramach Wynagrodzenia Umownego.

Przedmiot umowy obejmuje także uzyskiwanie przez Wykonawcę na jego koszt wszelkich decyzji administracyjnych (włącznie z uiszczeniem opłat wynikających z tych decyzji), potrzebnych do zaprojektowania, wybudowania, uruchomienia i eksploatacji Przedmiotu Umowy 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 Przedmiotu Umowy i rozpoczęcia jego eksploatacji, z wyłączeniem pozwolenia na budowę, pozwoleń pod kątem ochrony środowiska i pozwolenia na użytkowanie Przedmiotu Umowy, których uzyskanie obciąża Zamawiającego.

Zgodnie z pkt 1.3 tego paragrafu, na podstawie aneksu do Umowy Zamawiający może zlecić Wykonawcy wykonanie robót dodatkowych w stosunku do wymienionych w Załączniku nr 1 i Załączniku nr 2A do Umowy, jeżeli wykonanie takich robót okaże się konieczne dla prawidłowej realizacji Przedmiotu Umowy, na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Ustęp ten nie ma zastosowania, zgodnie z pkt 1.4, do robót niezbędnych dla prawidłowej realizacji Przedmiotu Umowy, których potrzeba wykonania powinna być przewidziana przez działającego w obrocie profesjonalnym Wykonawcę już na etapie złożenia oferty lub podpisania Umowy, w oparciu o przekazane przez Zamawiającego dane, przy uwzględnieniu obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy technicznej i doświadczenia Wykonawcy. Roboty o których mowa w zdaniu poprzednim zostaną wykonane przez Wykonawcę w ramach Wynagrodzenia Umownego, wskazanego w paragrafie 4 i nie wymagają odrębnego zlecenia przez Zamawiającego.

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.

Zgodnie z definicją zawartą w pkt 42 Wzoru Umowy, wynagrodzenie umowne jest wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu art. 632 §1 Kodeksu cywilnego za wykonanie

przedmiotu Umowy i wszystkich innych zobowiązań Wykonawcy wynikających z Umowy. Wynagrodzenie umowne nie podlega zmianie z wyjątkiem przypadków opisanych w Umowie.

W pkt 20 IDW Zamawiający opisał „sposób obliczenia ceny”, którą należało wskazać w pkt 2 formularza „Oferta” jako cenę ofertową brutto (Wynagrodzenie Umowne) za Przedmiot Zamówienia w złotych, która zgodnie z pkt 20.2 musi obejmować kompletny zakres Przedmiotu Zamówienia przy uwzględnieniu wymagań i warunków technicznych, zawartych w Części B SIWZ, a także przy uwzględnieniu wymagań Umowy z załącznikami, które umieszczone są w Części C SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 2 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy OMIS z postępowania i zaniechanie odrzucenia jego oferty pomimo, że wykonawca nie przedłużył okresu związania ofertą oraz wniósł wadium z uchybieniem wyznaczonego terminu.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego – Tauron Wytwarzanie S.A. W toku prowadzonego postępowania z dniem 3 kwietnia 2017 r. doszło do podziału przedsiębiorstwa Zamawiającego, przez wydzielenie zorganizowanej części przedsiębiorstwa – Tauron Wytwarzanie S.A. Oddział Jaworzno 910 w Jaworznie i przeniesienie go na Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. Zgodnie z art. 531 k.s.h. oraz punktem 3.4 części I oraz punktem 6 części II Planu podziału, nowo zawiązana Spółka w drodze sukcesji uniwersalnej wstąpiła w prawa i obowiązki spółki dzielonej, w tym w prawa i obowiązki Zamawiającego w toczących się postępowaniach przetargowych, dotyczących przygotowania, budowy oraz działalności przenoszonego Oddziału Jaworzno 910 MW, zgodnie z Tablicą nr 9 załączoną do Planu podziału, w tym m.in. w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec przejścia toczącego się postępowania na Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. w drodze sukcesji uniwersalnej, wszelkie oświadczenia i czynności prawne dokonane przez wykonawców w toku postępowania wobec Tauron Wytwarzanie S.A. pozostają skuteczne wobec Zamawiającego Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. - nie nastąpiła zmiana stosunku obligacyjnego łączącego wykonawców z Zamawiającym.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu zostali powiadomieni o dokonany w dniu 3 kwietnia 2017 r. przekształceniu Zamawiającego pismem z dnia 11 kwietnia 2017 r. Przed tym powiadomieniem, w dniu 10 kwietnia 2017 r. wykonawca OMIS został wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium – w terminie do dnia 14 kwietnia 2017 r. Powyższe wezwanie zostało podpisane „w imieniu Zamawiającego” przez Dyrektora Tauron Wytwarzanie S.A. Waldemara Ostrowskiego, choć w nagłówku pisma wskazano Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. W treści wezwania wskazano

m.in. adres elektroniczny ww. osoby, na który należało przesłać wersję elektroniczną wymaganych dokumentów. Powyższe wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużenia wadium z dnia 11 kwietnia 2017 r. zostało zatem sformułowane przez Zamawiającego w sposób nieprecyzyjny, co mogło wprowadzić w błąd wykonawców co do podmiotu, do którego należało złożyć stosowne oświadczenia.

Złożone przez OMIS w dniu 12 kwietnia 2017 r. oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą zawiera wszystkie elementy identyfikujące dane postępowanie i w konsekwencji Zamawiającego prowadzącego to postępowanie. Ponadto, zostało przesłane przed upływem wyznaczonego terminu, zgodnie z danymi adresowymi wskazanymi w pkt 7.5 Instrukcji dla Wykonawców (Część A SIWZ) oraz w piśmie Zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2017 r. Podkreślić należy, że w zawiadomieniu o podziale Tauron Wytwarzanie S.A. wskazano, że „Osoby dotychczas wskazane do kontaktów w trakcie postępowania oraz adresy e-mailowe pozostają niezmienione.”

Wobec powyższego, nie budzi wątpliwości fakt, że złożone przez OMIS oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą skierowane do p. Waldemara Ostrowskiego – Dyrektora Tauron Wytwarzanie S.A. wywołało prawidłowy skutek prawny w przedmiotowym postępowaniu, biorąc pod uwagę przekształcenie Zamawiającego w toku postępowania.

Ponadto, Izba stwierdziła, że oferta OMIS jest prawidłowo zabezpieczona gwarancją wadialną nr 02GG37/0018/17/0002 wystawioną przez InterRisk Vienna Insurance Group, której ważność (do dnia 18 kwietnia 2017 r.) została przedłużona do dnia 18 czerwca 2017 r. na mocy Aneksu nr 1 z dnia 11 kwietnia 2017 r.

Wykonawca OMIS przedłożył w dniu 18 kwietnia 2017 r., tj. przed upływem terminu gwarancji, dodatkowo Aneks nr 2 do ww. gwarancji ubezpieczeniowej, wskazujący jako Beneficjenta - nowego Zamawiającego – Nowe Jaworzno Grupa Tauron Sp. z o.o. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że dokument ten nie był niezbędny dla zachowania skuteczności zabezpieczenia wniesionego przez wykonawcę wraz z ofertą, gdyż oczywistą konsekwencją sukcesji generalnej po stronie Zamawiającego jest fakt, że zabezpieczenie wadialne, jako stosunek prawny, przeszło w całości na nowego Zamawiającego.

Gwarancja ubezpieczeniowa wadialna z dnia 10 lutego 2017 r. zabezpiecza zatem ofertę złożoną przez OMIS w sposób prawidłowy oraz nieprzerwany przez cały okres prowadzonego postępowania, gdyż wykonawca OMIS przedłużył termin związania ofertą w wymaganym terminie oraz jednocześnie przedłużył ważność wadium przed upływem jego ważności, co jest zgodne z wezwaniem Zamawiającego oraz wymogami art. 85 ust. 2 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2, 3 i art. 96 Pzp w zw. z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez nieudostępnienie Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień OMIS w zakresie sposobu wyliczenia ceny z dnia 18 kwietnia 2017 r. mimo nieskutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechanie udostępnienia Odwołującemu stron od nr 8 do 10 tych wyjaśnień, pomimo faktu, że OMIS oświadczył, że tylko strony od nr 4 do nr 7 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu nieujawnienia pełnej treści wyjaśnień złożonych przez OMIS co do sposobu wyliczenia ceny oferty (pismo z dnia 18 kwietnia 2017 r.) Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów.

Przepis art. 8 ust. 2 Pzp wprowadza wyjątek od zasady jawności postępowania, o której mowa w art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez możliwość ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem w przypadkach określonych w ustawie Pzp. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 12 kwietnia 2017 r., wezwał OMIS do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny oferty. Wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia pismem z dnia 18 kwietnia 2017 r.

Wykonawca OMIS w sposób zgodny z wymogami art. 8 ust. 3 Pzp wykazał, że zastrzeżone informacje zawarte w pkt 1-6 pisma z dnia 18 kwietnia 2017 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Informacje zawarte w tej części wyjaśnień spełniają wszystkie przesłanki, wynikające z tego przepisu. Złożone oświadczenie jest rzeczowe i zawiera wszystkie elementy niezbędne do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby, pojęcie „wykazał” użyte w art. 8 ust. 3 Pzp nie jest równoznaczne z pojęciem „udowodnił” lub „przedstawił dowody”, które wprost nie zostały w tym przepisie użyte, a uwzględniając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że gdyby w omawianym art. 8 ust. 3 chodziło o przedstawienie pliku dowodów, to ustawodawca wskazałby wyraźnie na wymóg udowodnienia, tak jak to uczynił literalnie - w co najmniej kilku przepisach ustawy Pzp.

Ponadto, w treści pisma z dnia 18 kwietnia 2017 r. OMIS wyraźnie wskazał, że zastrzeżeniem „tajemnicy przedsiębiorstwa” objęte zostały pkt 1-6 wyjaśnień, a w związku z powyższym Zamawiający prawidłowo ustalił, w jakim zakresie wyjaśnienia zostały przez wykonawcę „utajnione”. Jak wynika z samego układu ww. pisma, wskazanie stron 4-7, jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jest wynikiem wyłącznie błędu pisarskiego, który nie ma wpływu na skuteczność zastrzeżenia treści zawartych w pkt 1-6 wyjaśnień.

Zamawiający przekazał Odwołującemu do wglądu wyjaśnienia OMIS z dnia 18 kwietnia 2017 r. w części jawnej, stosownie do dokonanej oceny skuteczności złożonego zastrzeżenia. Zamawiający słusznie przyjął, że użyte w treści przepisu art. 8 ust. 3 Pzp pojęcie „wykazał” należy rozumieć, jako „rzeczowo uzasadnił”. Przy tym nie budzi wątpliwości fakt, że oświadczenie jest także środkiem dowodowym, za pomocą którego można wykazać określone okoliczności, jeśli zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację, z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji. Niewątpliwie oświadczenie wykonawcy stanowi jeden z podstawowych środków dowodowych, wykorzystywanych w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, należy zauważyć, że przepisy ustawy Pzp, jednoznacznie i wprost wskazują na obowiązek przedstawienia przez wykonawcę dowodów, jeśli jest to uzasadnione potrzebami postępowania. W art. 8 ust. 3 Pzp taki obowiązek nie został na wykonawców nałożony. W świetle przepisów ustawy Pzp nie sposób uznać, że ustawodawca zamiennie posługuje się pojęciami „wykazać” oraz „udowodnić”.

W ramach argumentacji zarzutu Odwołujący wskazał jako wzorcowy przykład - własne działania podejmowane przy składaniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób jednak uznać, że istnieje tylko jeden wzór lub sposób wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z pewnością w zależności od okoliczności sprawy, sposób wykazania zasadności zastrzeżenia może być odmienny od przyjętego przez Odwołującego.

Ponadto, Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że celem dokonanego przez OMIS zastrzeżenia, jest w rzeczywistości utrudnienie weryfikacji prawidłowości danych przez innych wykonawców, a nie ochrona tych danych, co podnosił w ramach tego zarzutu w odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 91 ust 1 Pzp, poprzez wybór oferty OMIS jako najkorzystniejszej, mimo że oferta winna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny.

W zakresie zarzutu - niezgodności Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego z treścią SIWZ oraz błędów w obliczeniu ceny, Zamawiający w sposób przekonujący wyjaśnił w oparciu o treść SIWZ, że podanie wartości w HRF w procentach, a nie w złotych może co najwyżej stanowić nieistotną niezgodność formalną oferty z treścią SIWZ. Zasadnicze znaczenie w tym aspekcie ma fakt, że Zamawiający w opracowanym wzorze formularza HRF – w opisie kolumny 4 (do wypełnienia przez wykonawców) wpisał „wartość Etapu realizacji netto w PLN”, jednak w tytule tego dokumentu podał „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (netto w %)”.

W związku z powyższą nieściślością w opisie formularza HRF Zamawiający, w ocenie

Izby, słusznie uznał obie formy wypełnienia formularza, tj. w złotych i w % za prawidłowe, niewymagające poprawienia. Jak wyjaśnił Zamawiający, co najmniej dwie oferty zawierały wskazanie wartości w HRF w %.

Z punktu widzenia możliwości rozliczeń poszczególnych etapów, sposób określenia wartości etapów w złotych lub w % nie ma istotnego znaczenia, gdyż różnica polega tylko na formie wskazania wartości, a nie ich wysokości. Wartość ogółem netto Etapów Realizacji w HRF stanowi 100% wynagrodzenia umownego netto, zgodnie z powołanym przez Odwołującego postanowieniem zawartym w Załączniku nr 3 do Umowy o treści: *„Harmonogram Rzeczowo - Finansowy w Ofercie musi pokazywać Etapy Realizacji netto w [PLN] na 100% wynagrodzenia umownego netto.”*

Odnosząc się do kwestii niespójności kwot wskazanych w poz. 2a), 2b), 2c) i 2d) formularza Oferty z wartościami przyporządkowanymi do poz. 33, 34, 35 i 29 HRF, należy zauważyć, że różnice w wartościach ww. pozycji nie stanowią błędu lub niezgodności z treścią SIWZ, gdyż nie są to pozycje tożsame – tj. obejmujące taki sam zakres czynności. Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie sformułował wymagania dotyczącego przeniesienia poszczególnych wartości z formularza Oferty do HRF lub odwrotnie. Odwołujący nie wykazał również, że formularz HRF i formularz Oferta musiały zawierać takie same wartości we wskazanych przez Odwołującego pozycjach. Należało zatem przyjąć, że wartości podane w pozycjach HRF nie muszą odpowiadać pełnej wartości punktom formularza Oferty, gdyż obejmują nieco inny zakres wycenionych czynności. Na powyższe wskazuje niezbiecie fakt, że wykonawca OMIS w pkt 2a), 2b) i 2c) formularza Oferty podał wartości wyższe niż w kwestionowanych przez Odwołującego pozycjach HRF, co oznacza, że w HRF dokonał we wskazanych pozycjach wyceny części prac wycenionych w odpowiednich pozycjach formularza Oferty także w innych etapach (w innych pozycjach HRF), stosownie do momentu ich realizacji. W formularzu Oferty wyceniona została natomiast pełna wartość wynagrodzenia za daną część przedmiotu zamówienia, niezależnie od momentu jej realizacji i płatności.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że w świetle treści postanowień SIWZ, w tym w szczególności pkt 20 IDW Część A SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny oraz wzoru formularza HRF, wykonawca OMIS wypełniając formularz Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego (HRF), przez podanie wartości netto poszczególnych etapów w % nie popełnił błędu w obliczeniu ceny poszczególnych elementów oferty lub ceny całkowitej. Zamawiający nie zawarł w SIWZ postanowień odnośnie sposobu obliczenia wartości podawanych w HRF, a jedynie określił formę ich prezentacji, i co należy podkreślić - uczynił w sposób nieprecyzyjny. Powyższe, biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu, wyklucza możliwość błędu w obliczeniu ceny odnoszącego się do pewnego elementu oferty.

Ponadto, niezgodność prezentacji danych w HRF w zakresie formy, nawet gdyby uznać, że taka wystąpiła w ofercie OMIS, jest możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co wyklucza zaistnienie przesłanki do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wyliczenie w tym przypadku wartości określonych w procentach podanych w kolumnie 4 HRF, na wartości podane w złotych (PLN) nie stanowi jakiegokolwiek trudności i nie wymaga udziału ze strony wykonawcy, w formie np. wyjaśnień. Jest zatem możliwe do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako inna omyłka, której poprawienie nie powoduje istotnych skutków dla treści oferty. Jednakże, wobec niespójności w opisie formularza HRF sporządzonego przez Zamawiającego, Zamawiający słusznie uznał za prawidłowe wypełnienie HRF zarówno w złotych, jak i w procentach, gdyż uchybienia Zamawiającego w opisie tego formularza nie mogą powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności określony pozycji RHRU z treścią SIWZ, Izba wskazuje, jak poniżej:

W zakresie niezgodności z treścią SIWZ terminów zakończenia dotyczących wykonania dokumentacji wskazanych w pkt 3.4, 3.5, 3.7, 3.9 w RHRU w ofercie OMIS zarzut ten zostanie omówiony wraz zarzutem nieuprawnionej poprawy omyłek w ofercie OMIS, dotyczącym tych pozycji RHRU.

W odniesieniu do kwestii daty zakończenia prac budowlanych konstrukcji estakad wskazanej w pkt 4.6 RHRU Izba stwierdziła, że nie zachodzi sprzeczność tej daty z wymaganiem co do dat gotowości sieci ciepłej (13.07.2018 r.), sieci parowej (17.04.2018 r.) i gotowości magazynu wraz ze stacją wodoru (13.07.2018 r.), określonych przez Zamawiającego, jako nieprzekraczalne w pkt 1.8 „Termin realizacji przedsięwzięcia” SIWZ Część B.I. Jak wyjaśnił Zamawiający, zgodnie z przyjętym zakresem prac budowlanych, wykonawca jest zobowiązany do usunięcia uszkodzeń konstrukcji estakad w powłoce antykorozyjnej, powstałych w trakcie montażu wszystkich elementów i instalacji posadowionych na estakadach, wykonywanego również przez innych wykonawców uczestniczących w niniejszym procesie inwestycyjnym. Wykonawca OMIS przyjął zatem realną datę zakończenia wszystkich prac budowlanych dotyczących konstrukcji estakad, która umożliwia realizację tych prac dotyczących zabezpieczenia powłoki antykorozyjne konstrukcji estakad.

W odniesieniu do kwestii daty zakończenia prac wskazanej w pkt 6.6.2 RHRU „Montaż elektryki i AKPiA”, Izba stwierdziła w oparciu o wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego i dokumentację zawartą w Części B2 SIWZ, że data ta nie jest sprzeczna z wymaganymi datami gotowości sieci ciepłej, parowej i magazynu wodoru (wskazanymi powyżej), gdyż montaż elektryki i AKPiA może być uznany za skończony wówczas, gdy zostaną założone pokrywy tras kablowych, która to czynność musi być wykonana po

terminach gotowości ww. sieci, co wskazano w pkt 9.2.1.1. Części B2 SIWZ. Wykonawca OMIS w poz. 8.1, 8.2 i 8.3 RHRU zadeklarował terminy gotowości sieci ciepłej, parowej i magazynu wodoru, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W zakresie terminu prac wskazanego w pkt 8.4 RHRU oferty OMIS „Próby ciśnieniowe wszystkich rurociągów”, określonego od dnia 17.04.2018 r. do 20.07.2018 r., Izba stwierdziła, że nie zachodzi niezgodność tego terminu z terminem gotowości sieci parowej, gdyż próby ciśnieniowe wszystkich rurociągów będą prowadzone od 17.04.2018 r. do 20.07.2018 r. Termin ten dotyczy ogółem wykonania wymaganych prób ciśnieniowych wszystkich rurociągów, co oznacza tylko tyle, że w tym okresie będą wykonywane próby ciśnieniowe. Nieuprawnione jest twierdzenie, że wskazany okres w całości dotyczy prób ciśnieniowych każdej sieci z osobna. Odwołujący nie wykazał, że próby ciśnieniowe sieci parowej, ciepłej i magazynu wodoru będą wykonane po terminie określonym dla gotowości tych rurociągów. Ponadto, należało uznać, że skoro Zamawiający przewidział w ramach przedmiotu zamówienia tzw. przekładkę magistrali ciepłowniczej, dla której również będą wykonywane próby ciśnieniowe, a co do której Zamawiający wskazał w pkt 1.8 Części B1 SIWZ, że termin ten musi być uzgodniony z Zamawiającym w związku z innymi przekładkami rurociągów poza terenem elektrowni oraz koordynacją z sezonem grzewczym, zatem uzasadnione było przyjęcie przez wykonawcę terminu zakończenia wszystkich prób ciśnieniowych wskazanego jw. w RHRU, który umożliwi realizację całego zakresu prób ciśnieniowych, a nie tylko sieci wskazanych przez Odwołującego w ramach tego zarzutu.

Izba stwierdziła również, że nie zachodzi sprzeczność z treścią SIWZ terminu zakończenia 720 godzinnej nieprzerwanej pracy estakad rurociągów, sieci ciepłej i parowej, sieci kablowej i magazynu wodoru oraz 72- godzinnej bezusterkowej pracy estakad, wskazanych przez OMIS w pkt 8.12 i 8.13 RHRU na dzień 15 marca 2019 r., w którym ma być podpisany Protokół Przejęcia do Eksploatacji. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymagania, zgodnie z którym, zakończenie tej próby miało nastąpić z określonym wyprzedzeniem w stosunku do daty Protokołu Przejęcia do Eksploatacji. Ponadto, zgodnie z poz. 8.13 RHRU wykonawca OMIS przewidział na wykonanie tej próby okres 25 dni roboczych, tj. od dnia 11 lutego 2018 r. Wskazany czas, zdaniem Zamawiającego, zapewnia prawidłowe zakończenie próby – w tym zakresie odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnych.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4, art 90 ust 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OMIS pomimo, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty OMIS, należy zauważyć, że zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 Pzp, sprzed ostatniej nowelizacji ustawy Pzp, z uwagi na stwierdzoną przez Zamawiającego ponad 30% różnicę w cenie oferty OMIS

w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, z przyczyn formalnych Zamawiający miał obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, co uczynił pismem z dnia 12 kwietnia 2017 r.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że „od początku traktował cenę oferty OMIS jako rynkową, realną i gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego”. O powyższym przekonaniu Zamawiającego zdecydował fakt, że cena oferty OMIS mieści się w granicach 30% odstępstwa od wartości przedmiotu zamówienia, a próg ten, w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich ofert, przewyższa jedynie o 6%, i to wyłącznie na skutek znacznie zawyżonej ceny oferty jednego z wykonawców, która stanowi aż 182,94% wartości zamówienia. W przypadku pominięcia tej oferty, cena oferty OMIS nie jest niższa o 30% w stosunku do średniej cen złożonych ofert, a zatem mieści się w granicach tzw. ceny rynkowej.

Niezależnie od powyższego, złożone w dniu 18 kwietnia 2017 r. przez OMIS wyjaśnienia i załączone do wyjaśnień dowody potwierdzają prawidłową i rzetelną wycenę oferty. Wykonawca OMIS przedstawił w wyjaśnieniach wiele istotnych okoliczności, które potwierdzają, że cena oferty nie została zaniżona. Cena ta jest wynikiem kompleksowej analizy przedmiotu zamówienia, optymalizacji sposobu wykonania oraz korzystnych dla wykonawcy okoliczności pozwalających na zaoferowanie ceny konkurencyjnej w porównaniu do pozostałych wykonawców. Przedstawione przez wykonawcę OMIS obliczenia i kalkulacje statyczne w zakresie konstrukcji stalowych, które stanowią zasadniczą część przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny potwierdzają, że wykonawca rzetelnie przeanalizował przedmiot zamówienia oraz wycenił swoją ofertę, opierając się na konkretnych i precyzyjnych ustaleniach dotyczących sposobu realizacji tej zasadniczej części przedmiotu zamówienia.

Co istotne, Odwołujący, w ramach zarzutu zaniżenia przez OMIS ceny oferty, podnosił wyłącznie argumentację opartą na porównaniu swojej sytuacji i dostępnych mu warunków realizacji zamówienia do sytuacji wykonawcy OMIS - w kontekście różnicy cenowej obu ofert. W ocenie Izby, porównanie takie nie może stanowić dowodu na fakt, że cena oferty OMIS jest rażąco niska, tym bardziej, że jakichkolwiek innych dowodów na okoliczność choćby tylko uprawdopodobnienia rażąco niskiej ceny oferty OMIS, Odwołujący nie przedstawił. W szczególności Odwołujący nie uprawdopodobnił zaniżenia ceny oferty w stosunku do kosztów ponoszonych przez OMIS. Wykonawca OMIS wykazał natomiast, że zaoferowana cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. Do wyjaśnień z dnia 18 kwietnia 2017 r. wykonawca załączył dowody, które w powiązaniu z wyjaśnieniami pozwalają przyjąć, że cena tej oferty została skalkulowana prawidłowo i rzetelnie. Fakt, że do wyjaśnień nie zostały dołączone oferty podwykonawców, wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie dowodzi rażąco niskiej ceny oferty i nie dyskwalifikuje złożonych wyjaśnień. Na rozprawie, wykonawca OMIS, występujący w charakterze przystępującego, przedstawił plik dowodów,

zawartych w załączniku nr 7 Kalkulacja - do pisma procesowego z dnia 5 czerwca 2017 r. (zastrzeżone przez OMIS jako tajemnica przedsiębiorstwa), które potwierdzają dodatkowo, że Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia złożone przez wykonawcę OMIS w postępowaniu, uznając, że cena oferty nie jest rażąco niska, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp i art. 91 ust 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OMIS, chociaż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz poprzez nieuprawnioną poprawę błędów w Ramowym Harmonogramie Realizacji Umowy w ofercie OMIS, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co stanowi niedopuszczalne negocjacje treści oferty, prowadzących do zmiany treści oferty.

W RHRU wykonawca zobowiązany był podać daty rozpoczęcia i zakończenia realizacji czynności/zadań/zakresów. Zamawiający w Załączniku nr 12 do Umowy „Rodzaje i zakres dokumentacji Wykonawcy” zawarł wymóg, aby terminy wykonania określonych rodzajów dokumentacji podane przez wykonawcę w Załączniku nr 4 do Umowy były takie same, jak wskazane w punkcie 1 Załącznika nr 12.

Wykonawca OMIS w RHRU (Załącznik nr 4 do Umowy) zaoferował w pkt 3.8, 3.4, 3.5, 3.7, 3.9, 12 RHRU terminy zakończenia niezgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego (z uwzględnieniem pism z dnia 14.03.2017 r. oraz z dnia 28.04.2017 r.). Wskazane powyżej niezgodności RHRU oferty OMIS z treścią SIWZ dotyczą 6 spośród 78 pozycji RHRU i odnoszą się do przekazywania przez wykonawcę określonych części dokumentacji i okresu wykonania Pomiarów Gwarancyjnych, które nie będą wykonywane przez wykonawcę lecz przez niezależną firmę pomiarową. Podkreślić należy, że nie dotyczą one kluczowych Etapów Realizacji (§14.1.3 Umowy) lub innych istotnych etapów wykonania robót budowlanych. Żadna z tych pozycji nie występuje w HRF (nie są do nich przypisane płatności). Wskazane omyłki nie wpływają na zmianę przedmiotu lub zakresu oferowanego przez wykonawcę świadczenia.

Ponadto, jak wyjaśnił Zamawiający w toku rozprawy, wszystkie terminy wskazane w HRF, jak i w RHRU będą musiały ulec zmianie w związku z przesunięciem terminu zakończenia robót przez Generalnego Wykonawcę nowego Bloku energetycznego o mocy 910 MWe. Zamawiający przewidział w treści SIWZ (pkt 5 IDW) możliwość zmiany terminów realizacji przedmiotu zamówienia. W tym przypadku przesunięciu ulegną w szczególności terminy przeprowadzenia rozruchu, ruchu próbnego oraz przekazania przedmiotu do eksploatacji, tj. terminy, od których, zgodnie z Załącznikiem nr 12 do Umowy, należy liczyć terminy przekazywania części dokumentacji, co do których OMIS popełnił ww. omyłki.

Mając na względzie powyższe, Zamawiający uznał, że nie mają one istotnego

charakteru, w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i dokonał poprawy wskazanych niezgodności, poprzez zmianę wpisanych przez wykonawcę terminów na maksymalne terminy dopuszczone przez Zamawiającego i określone w Załączniku nr 12 i 14 do Umowy.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, zgodnie z wymogiem określonym w pkt 13.1.2 Instrukcji dla Wykonawców (Część A SIWZ), na kompletną ofertę składa się m.in. zaparafowana przez wykonawcę Umowa wraz z załącznikami, zatem Załączniki nr 12 i 14 do Umowy, zawierające wymagania co do maksymalnych terminów przekazywania dokumentacji, zaparafowane przez wykonawcę i dołączone wraz z Umową, jako Załącznik nr 3 do Formularza oferty, stały się integralną częścią złożonej przez wykonawcę oferty. W oparciu o te okoliczności Zamawiający miał prawo dokonać poprawienia omyłek w ww. terminach na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wykonawca OMIS wyraził zgodę na dokonaną przez Zamawiającego poprawę, co skutkowało nieistotną zmianą treści złożonej oferty, prowadzącą do pełnej zgodności treści oferty z warunkami SIWZ.

W ustalonym stanie faktycznym zarzut nieuprawnionego poprawienia omyłek w RHRU w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest niezasadny. W dniu 28 kwietnia 2017 r. Zamawiający dokonał poprawy w treści oferty OMIS w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie dat rozpoczęcia i zakończenia podanych przez wykonawcę w pkt 3.8, 3.4, 3.5, 3.7, 3.9 i 12 RHRU. Dokonana przez Zamawiającego czynność poprawy omyłek, zgodnie z zawiadomieniem z dnia 28 kwietnia 2017 r., nie narusza przepisów ustawy Pzp, ani postanowień SIWZ. Zamawiający, przesuując daty rozpoczęcia i zakończenia w 5 pozycjach RHRU, w stosunku do dat zaoferowanych przez OMIS - na wcześniejsze oraz w pozycji 12 RHRU – na późniejsze, oparł się na postanowieniach wiążących wykonawcę, zawartych w Załączniku nr 12 do Wzoru Umowy, który został zaparafowany przez wykonawcę i stanowi część złożonej oferty. Zamawiający dokonał zmiany powyższych terminów z uwzględnieniem dat podanych przez wykonawcę odpowiednio w pkt 8.6., pkt 9., pkt 8.11. HRF i pkt 36 HRF. W ten sposób Zamawiający przywrócił zgodność treści oferty OMIS z treścią SIWZ, nie dokonując istotnej zmiany treści złożonej oferty. Zamawiający dokonał poprawy omyłek, które mają charakter nieistotny w rozumieniu tego przepisu, a dokonany przez Zamawiającego sposób poprawy omyłek jest zgodny z postanowieniami SIWZ oraz złożoną ofertą, gdyż znajduje podstawę w zaparafowanej przez wykonawcę OMIS Umowie wraz z załącznikami, które stanowią integralną treść oferty. Wobec powyższego Zamawiający był uprawniony do samodzielnej zmiany terminów na maksymalne terminy ustalone i zaakceptowane przez wykonawcę w ww. Umowie. Przytoczone w odwołaniu przez Odwołującego na poparcie zarzutu orzeczenie KIO o sygn. akt KIO 2372/15, KIO 2393/15 z dnia 18.11.2015 r. nie może być wprost odnoszone do niniejszej sprawy, gdyż nie można w obu tych sprawach mówić o tożsamości w zakresie stanów faktycznych.

Izba uznała zatem, że Zamawiający dokonał poprawy wskazanych powyżej terminów RHRU w ofercie OMIS w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z wytycznymi zawartymi w tym przepisie, uznając, że omyłki w tym zakresie popełnione w RHRU, stanowią nieistotne niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, które podlegają poprawieniu i nie mogą prowadzić w związku z tym do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 91 ust 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty OMIS pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie uwzględnia całego zakresu przedmiotu zamówienia wymaganego w SIWZ.

W odniesieniu do powyższego zarzutu, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do jego uwzględnienia.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że wszelkie informacje dotyczące części oferty technicznej wykonawcy OMIS zawartej w Załączniku nr 5 do oferty (zgodnie z pkt 18 formularza Oferty) zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Również odpowiedź na odwołanie przedstawiona w powyższym zakresie przez Zamawiającego w piśmie z dnia 5 czerwca 2017 r. została w całości objęta klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec powyższego, Izba nie ma możliwości szczegółowego odniesienia się do przedmiotowego zarzutu w niniejszym jawnym uzasadnieniu orzeczenia.

W oparciu o wyjaśnienia Zamawiającego i Przystępującego oraz dokumentację postępowania i treść złożonej przez OMIS oferty, Izba stwierdziła formalne uchybienia związane z wykorzystaniem przez wykonawcę OMIS do sporządzenia oferty materiałów pochodzących z etapu oferty wstępnej, które jednak nie potwierdzają zasadności zarzutu, że treść oferty OMIS nie uwzględnia całego zakresu przedmiotu zamówienia wymaganego w SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, skutkująca odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, musi mieć bowiem charakter merytoryczny, a nie jedynie formalny. Sam fakt, że dokumenty edycyjne opracowywane przez wykonawcę, złożone przez OMIS w ofercie końcowej, zostały sporządzone przy wykorzystaniu materiałów pochodzących z etapu oferty wstępnej, nie dowodzi tego, że wykonawca OMIS zaoferował zakres prac (przedmiot zamówienia) nieuwzględniający wymagań dokumentacji technicznej oraz SIWZ końcowego.

Wykonawcy mieli obowiązek sporządzić Załącznik nr 5 do oferty, korzystając z wytycznych zawartych w SIWZ Część B.3 „Wymagania ogólne odnośnie zawartości części technicznej oferty.

Część Techniczna Oferty (docelowo Załącznik nr 2.B do Umowy) wykonawcy OMIS przedstawia rozwiązania techniczne zaproponowane przez wykonawcę, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego. W powyższym zakresie Zamawiający przedstawił

wiarygodne wyjaśnienia, powołując się na konkretne zapisy SIWZ i oferty OMIS, z których wynika, że wykonawca OMIS w ofercie końcowej zaoferował wykonanie zakresu prac, który uwzględnia zmiany wprowadzone do dokumentacji technicznej na etapie SIWZ końcowej w zakresach kwestionowanych przez Odwołującego, w tym zmiany dotyczące estakad technologicznych i instalacji wodoru (rurociąg przesyłowego wodoru DN20 - SAG-2). W zakresie zarzutu dotyczącego sieci parowej odnośnie braku zaoferowania: a/ bypassu na rurociągu DN400, b/ zaworu redukcyjnego na dolocie pary do wymienników, c/ zaworu bezpieczeństwa na ciśnienie 15,2 bar, d/ 4 dodatkowych zaworów DN25, oferta OMIS w zakresie wymaganej przez Zamawiającego technologii uwzględnia wymagania Zamawiającego, w tym - możliwość grzania rurociągu DN 400, zabudowanie zaworu redukcyjnego i zaworu bezpieczeństwa na dolocie pary do wymienników, zabudowanie 4 zaworów DN25 na spustach odwodnień oraz zastosowanie wymaganych zamocowań systemowych dla sieci parowej.

Biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia, który będzie realizowany w formule zaprojektuj i wybuduj oraz w formule „pod klucz”, opisanej w treści SIWZ (w szczególności we Wzorze Umowy – §1) należało przyjąć, że formalne uchybienia związane z wykorzystaniem przez wykonawcę OMIS do sporządzenia oferty materiałów pochodzących z etapu oferty wstępnej, nie dowodzą, że treść oferty OMIS nie uwzględnia całego zakresu przedmiotu zamówienia wymaganego w SIWZ, wobec potwierdzenia całego zakresu prac w merytorycznej treści oferty. W odniesieniu do przyznanych przez Zamawiającego i Przystępującego uchybień formalnych w ofercie technicznej, w ocenie Izby, Zamawiający, mógł zwrócić się do wykonawcy OMIS o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Naruszenie tego przepisu ustawy Pzp nie zostało jednak podniesione przez Odwołującego w ramach przedstawionych w odwołaniu zarzutów. Stosownie zatem do art. 192 ust. 6 Pzp, odwołanie mogło podlegać rozpoznaniu wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Reasumując powyższe, Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia wykonawcy OMIS w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp lub do odrzucenia oferty złożonej przez OMIS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 4, 6 Pzp, zatem nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 w związku z art. 91 ust 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty OMIS jako najkorzystniejszej.

W oparciu o ustalony stan rzeczy, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....

.....

.....