

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2013 r. przez wykonawcę **RAFAKO Spółka Akcyjna, 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna, 97-400 Bełchatów, ul. 1-go Maja 63,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: **Babcock Noell GmbH, Alfred Nobel Strasse 20, 97080 Würzburg, Bilfinger Infrastructure Spółka Akcyjna, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 50,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **RAFAKO Spółka Akcyjna, 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od wykonawcy **RAFAKO Spółka Akcyjna, 47-400 Racibórz, ul. Łąkowa 33** na rzecz zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna, 97-400 Bełchatów, ul. 1-go Maja 63** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U.

z 2013 r., poz. 907) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na „Budowę instalacji do ograniczenia emisji tlenków siarki na blokach 4-6 w Elektrowni Turów”.

Zamawiający zawiadomił pismem z dnia 16 lipca 2013 r. dwóch wykonawców uczestniczących na tym etapie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez jednego z wykonawców, tj. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Babcock Noell GmbH z siedzibą Würzburg i Bilfinger Infrastructure Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, tworzących konsorcjum, zwanych dalej „konsorcjum Babcock” lub „przystępującym”.

I. Drugi wykonawca - Rafako Spółka Akcyjna z siedzibą w Raciborzu, zwany dalej „odwołującym” - wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechania zamawiającego, powodujących naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych „Pzp” i Kodeksu cywilnego „kc”, tj.:

- 1) czynności oceny ofert, w tym w szczególności oceny oferty konsorcjum Babcock z naruszeniem art. 91 ust. 1 i 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz pkt 23.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „SIWZ”;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Babcock na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp z uwagi na to, że oferta zawiera świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 § 1 kc;
- 3) a w konsekwencji czynności wyboru oferty konsorcjum Babcock, jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

- 1) art. 91 ust. 1 i 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty konsorcjum Babcock, jako najkorzystniejszej bez zachowania kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 387 § 1 kc przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Babcock pomimo, że treść tej oferty jest nieważna na podstawie 387 § 1 kc, gdyż zawiera świadczenie niemożliwe;
- 3) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty konsorcjum Babcock, jako najkorzystniejszej, pomimo, że wykonawca ten nie został wybrany zgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości przez nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności oceny ofert;
- 2) odrzucenia oferty konsorcjum Babcock na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp z uwagi na to, że oferta jest nieważna na podstawie art. 387 § 1 kc;
- 3) dokonanie ponownej oceny oferty i wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Ponadto, odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Uzasadnienie interesu odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp zostało przedstawione następująco: naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby zamawiający nie naruszył przepisów Pzp, oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza. Oferta odwołującego jest jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu, która została złożona przez wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołanie zasługuje więc na uwzględnienie w świetle art. 192 ust. 2 Pzp. Ponadto, zamawiający dokonał błędnej oceny ofert przez przyznanie konsorcjum Babcock więcej punktów niż powinien przyznać, gdyby w toku oceny ofert prawidłowo zastosował określone w SIWZ kryteria oceny ofert. W przypadku prawidłowego zastosowania przez zamawiającego określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, ofercie odwołującego zostałaby przyznana większa liczba punktów niż ofercie konsorcjum Babcock, a więc oferta odwołującego winna być wybrana, jako najkorzystniejsza.

Zatem, odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że odwołujący oferuje wykonanie zamówienia, a w przypadku uwzględnienia odwołania uzyska je. Z kolei naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może wyrządzić odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści - przychodów z niezyskanego zamówienia.

Termin na wniesienie odwołania odwołujący uzasadnił okolicznościami: informację o czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty konsorcjum Babcock, jako najkorzystniejszej, odwołujący otrzymał w dniu 16.07.2013 r., a więc odwołanie składane jest z zachowaniem 10-dniowego terminu przewidzianego w przepisach Pzp.

Z dniem otrzymania informacji o wyborze oferty konsorcjum Babcock, jako najkorzystniejszej, odwołujący powziął informację o sposobie dokonania oceny ofert przez

zamawiającego z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w pkt 23.1.1 SIWZ. Odwołujący podkreślił, że w otrzymanej informacji, po raz pierwszy w toku postępowania został poinformowany o przyznanej wykonawcom punktacji w ramach oceny ofert w kryterium zużycia energii elektrycznej przy pracujących wszystkich poziomach zraszania w MW. Z tą chwilą odwołujący powziął również informację o zaniechaniu odrzucenia przez zamawiającego oferty konsorcjum Babcock na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 387 § 1 kc, z uwagi na to, że oferta ta zawiera świadczenie niemożliwe, a więc jest nieważna.

Odwołujący zauważył, że świadczenie konsorcjum Babcock stało się niemożliwe dopiero w chwilą upływu terminu, w jakim istnieje możliwość wykonania zamówienia przez konsorcjum Babcock w terminie zawartym w ofercie. Stąd też odwołujący zachował termin na wniesienie odwołania.

II. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożył dwa pisma, wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp i wykazując, że w postępowaniu odwoławczym zakończonym wyrokiem KIO 1020/13 z dnia 27 maja 2013 r. Izba nie uwzględniła zarzutów odwołującego w przedmiocie oceny oferty przystępującego w kontekście poprawienia wartości zużycia energii elektrycznej dla absorbera pracującego ze wszystkimi poziomami zraszania i przyjęcia wartości 194,44 MWh. Wskazał także, że w wyniku oceny ofert poprzedzającej planowaną aukcję elektroniczną, zarówno wartość zużycia energii elektrycznej była znana odwołującemu, jak też termin realizacji zamówienia oraz harmonogram realizacji kontraktu wybranego wykonawcy, zatem odwołanie powinno być odrzucone na podstawie wskazanych przepisów Pzp. W drugim piśmie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że w toku oceny ofert nie naruszono kryteriów oceny ofert. Wartość godzinowa zużycia energii została poprawiona, co był przedmiotem rozpoznanego odwołania w sprawie KIO 1020/13. W ofercie podano również czas pracy instalacji w stosunku rocznym (6 250 h/rok), zatem ocena oferty w tym kryterium była właściwa. Odnośnie niemożliwości świadczenia wskazał, że wykonanie zamówienia w zaoferowanym terminie jest możliwe, odwołujący błędnie ocenił etapy realizacji zamówienia przedstawione w harmonogramie przystępującego. Do 31.10.2013 r. przystępujący zobowiązał się do złożenia wniosku o pozwolenie na budowę i to ta czynność obwarowana jest karami umownymi. Wykonawca już wykonał znaczną część prac projektowych, co ma odzwierciedlenie w III tomie oferty - część techniczna, ponadto zamawiający dysponuje prawomocną decyzją o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko. Nie występuje więc zagrożenie wskazane przez odwołującego. Wniósł o oddalenie odwołania.

III. Wykonawca konsorcjum Babcock, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, również złożył dwa pisma, odpowiednio wnioski o odrzucenie odwołania i pismo procesowe o oddalenie odwołania. Przystępujący w sposób obszerny przedstawił swoje stanowisko oraz wskazał, że zarzuty odwołania dotyczą powagi rzeczy osadzonej „*res iudicata*”. Podniósł wystąpienie przesłanki, obok już wymienionych przez zamawiającego, także z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, skutkującej odrzuceniem odwołania. W przedmiocie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp - korekta omyłek i niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - powołał się na wyrok Izby KIO 1020/13, co odnosi się do zarzutu pierwszego obecnego odwołania. Odnośnie przesłanki z pkt 3 - upływ ustawowego terminu na wniesienie odwołania - wskazał harmonogram kontraktu załączony do oferty, znany uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia od dnia otwarcia ofert (11 lutego 2013 r.) i uznał, że zarzut ten mógł być podniesiony w odwołaniu z dnia 30 kwietnia 2013 r.

W piśmie procesowym wskazał, w przedmiocie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, że przystępujący zaoferował przedmiot zamówienia w pełni zgodny z wymaganiami SIWZ - cztery pompy cyrkulacyjne, które mogą pracować jednocześnie. Zamawiający prawidłowo dokonał korekty wartości 24 - godzinnego zużycia energii elektrycznej przy pracujących czterech poziomach zraszania, w konsekwencji ustalił właściwą punktację oferty przystępującego.

W przedmiocie niemożliwego świadczenia (drugi zarzut odwołania) powołując się na judykaturę i doktrynę wskazał, że niemożliwość świadczenia, o której mowa w art. 387 k.c, to tzw. niemożliwość obiektywna. „Świadczenie jest niewykonalne w znaczeniu obiektywnym, gdy nie jest w stanie go spełnić ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury lub stanu wiedzy i techniki” (zob. też wyr. SA w Poznaniu z 27.5.1992 r., I ACr 162/92, OSA 1992, Nr 12, poz. 90; wyr. SN z 22.11.1973 r, III CRN 255/73, Legalis; z 8.5.2002 r., III CKN 1015/99, Legalis; z 8.1.2009 r., I CSK 239/08, Legalis; z 20.3.2009 r., II CSK 611/08, Legalis; tak P. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny. Komentarz, t. 1, Warszawa 2011, s. 1454; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2013, s. 648)”. Przedstawił uzasadnienie wskazujące na bezzasadność zarzutu, który w istocie zmierza do kwestionowania harmonogramu realizacji zamówienia. W harmonogramie, w przeciwieństwie do zarzutu, zabezpieczono odpowiednie rezerwy czasowe. Wskazał też na podjęte już czynności przygotowawcze w celu sprawnego wykonania inwestycji. Wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.10.2012 r., nr 2012/S 203-334486.

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające go wniesienia odwołania. Jest jednym z dwóch wykonawców uczestniczących na tym etapie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zatem wykazanie podstaw do odrzucenia oferty wybranej, stwarza możliwości odwołującemu, by jego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza.

Konsorcjum Babcock w wyniku wypełnienia przesłanek ustawowych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, stało się uczestnikiem tego postępowania po stronie zamawiającego.

I. Izba, uwzględniając w części wnioski zamawiającego i przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie wskazanych przepisów art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 oraz pkt 3 Pzp, uznała jednocześnie, że odwołanie podlega rozpoznaniu na rozprawie z ograniczeniem zarzutów do tych, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku z dnia 27 maja 2013 r., w sprawach połączonych - sygn. akt KIO 1020/13, 1048/10 i 1075/13 oraz zostały podniesione z zachowaniem ustawowego terminu dla wniesienia odwołania, mając na uwadze, że w obecnej procedurze nie jest możliwe częściowe orzeczenie postanowieniem lub wyrokiem w przedmiocie odwołania. Okoliczności i czynności, o których stanowią przepisy art. 189 ust. 2 pkt 4, 5 i 3 Pzp nie stanowiły przedmiotu rozpoznania na rozprawie i nie były podstawą rozstrzygnięcia w wyroku.

Wskazane przepisy Pzp stanowią o obowiązku odrzucenia odwołania, jeżeli Izba stwierdzi, że: (...)

- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Ad 3 i 4. Okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w wyroku sygn. akt KIO 1020/13 (odwołanie dotyczące tego samego postępowania wniesione przez tego samego odwołującego się), to okoliczności stanowiące podstawę następujących zarzutów:

- 1) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum Babcock na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp z uwagi na to, że konsorcjum Babcock nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) ewentualnie zaniechania czynności wezwania konsorcjum Babcock na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) czynności poprawienia oferty konsorcjum Babcock na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, w zakresie podanych przez konsorcjum Babcock wartości w pkt 21 Zestawienia Parametrów Gwarantowanych dotyczących zużycia energii dla absorbera pracującego bez górnego poziomu zraszania oraz ze wszystkimi poziomami zraszania,
- 4) zaniechania czynności odrzucenia oferty konsorcjum Babcock na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na to, że treść ofert tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ,
- 5) czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej, w tym w szczególności zaproszenia konsorcjum Babcock do aukcji elektronicznej, które zamawiający winien wykluczyć z postępowania oraz odrzucić jego ofertę;

oraz okoliczności stanowiące podstawę zarzutów naruszenia przepisów Pzp:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a, przez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności wykluczenia Babcock z uwagi na to, że wykonawca ci nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) ewentualnie art. 26 ust. 3, przez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności wezwania konsorcjum Babcock do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, przez ich błędne zastosowanie i poprawienie oferty konsorcjum Babcock w zakresie podanych wartości w pkt. 21 Zestawienia Parametrów Gwarantowanych dotyczących zużycia energii dla absorbera pracującego bez górnego poziomu zraszania oraz ze wszystkimi poziomami zraszania pomimo, że podane przez konsorcjum Babcock wartości nie stanowiły ani omyłki pisarskiej, ani omyłki rachunkowej,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2, przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Babcock pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,
- 5) art. 91a ust. 1, przez jego błędne zastosowanie i zaproszenie wykonawców do aukcji elektronicznej pomimo, że w postępowaniu nie złożono 3 ofert niepodlegających odrzuceniu.

Izba oddaliła odwołanie wyrokiem KIO 1020/13 uznając niezasadność zarzutów odwołującego, kwestionujących czynności zamawiającego, które to czynności zostały także wskazane w uzasadnieniu aktualnie rozpoznawanego odwołania.

Czynnościami tymi są:

- poprawienie w ofercie konsorcjum Babcock, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, w tabeli „Zestawienie Parametrów Gwarantowanych” w wierszu 21 wartości zużycia energii elektrycznej dla absorbera pracującego ze wszystkimi poziomami zraszania.

W ocenie odwołującego, poprawienie omyłek spowodowało naruszenie przepisów art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp przez ich błędne zastosowanie, gdyż poprawienie wartości zużycia energii elektrycznej nie stanowiło ani omyłki pisarskiej, ani omyłki rachunkowej.

Zarzuty m.in. nieuprawnionego poprawienia wartości zużycia energii elektrycznej, Izba oceniła w wyroku KIO 1020/13 następująco:

„Zdaniem zamawiającego wykonawca zaprezentował w ofercie rozwiązanie technologiczne z czterema poziomami zraszania, które spełnia podstawowe wymagania PFU. Absorber wg. zaproponowanej technologii może być eksploatowany bez półki sitowej („tray”) i jednocześnie będzie spełniał wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

*Zamawiający w ocenie ofert wziął pod uwagę zużycie energii elektrycznej dla pracujących czterech poziomów zraszania, wobec czego po poprawieniu omyłek w ofercie konsorcjum Babcock wartość ta wyniosła: $194,44\text{MWh} / 24\text{h} * 6250\text{h} = 50625,41\text{ MW}$.*

Izba wskazuje, że zamawiający nie zmienił wartości w pkt 4 formularza oferty, ponieważ wartość ta dotyczy zużycia rocznego energii, gdzie zamawiający nie wskazał w tym miejscu formularza wymogu pracy czterech poziomów zraszania. Wartość wskazana w tym punkcie wskazuje rzeczywiste, szacowane roczne zużycie energii przez IOS, a nie zużycia teoretycznego gdyby wszystkie poziomy zraszania pracowały.

Zgodnie z cz. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Program Funkcjonalno-Użytkowy - Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1.2. Przedmiot zamówienia (str. 13), Zamawiający wymagał, aby „Każdy ciąg technologiczny odsiarczania spalin ma zostać wyposażony w absorber typu natryskowego (przeciwprądowa wieża zraszalnicza). Każdy absorber IOS wyposażony będzie w minimum cztery pompy cyrkulacyjne i cztery poziomy zraszania.”.

Ponadto zgodnie z pkt. 1.5.1 - Przyjęte istotne założenia do projektowania IOS (str. 34-35) zamawiający wskazał, że „1. IOS będzie oparta o metodę moką wapienno gipsową, w której sorbentem jest mączka kamienia wapiennego, a produktem końcowym gips syntetyczny spełniający wymagania jakościowe określone w założeniach i potwierdzone w udzielonych

gwarancjach procesowych. 2. Wykonawca wyposaży IOS w kompletny absorber wolnostojący typu wieża zraszalcza, z zabezpieczeniem wszystkich instalacji przed wpływem warunków atmosferycznych wyposażony m.in. w:

- min. cztery poziomy dysz zraszających,
- min. cztery pompy cyrkulacyjne zawieszony wraz z kompletem rurociągów cyrkulacyjnych oraz sitami na kolektorze ssącym pomp poza absorberem; wymagane jest wyposażenie pomp cyrkulacyjnych w zawieradła odcinające na ssaniu i tłoczeniu”.

Z powyższego wynika, że zamawiający wymagał, aby instalacja zawierała cztery pompy cyrkulacyjne.

Przystępujący konsorcjum Babcock zaoferował zgodny z wymaganiami zamawiającego przedmiot zamówienia. Na str. 920 Oferty (3. Opis procesu) opisując zaoferowane pompy cyrkulacyjne absorbera wskazał, że: „Zawieszona absorbera wtryskiwana jest przy pomocy trzech pomp cyrkulacyjnych poprzez poziomy zraszania w strefie absorpcyjnej. Zainstalowana jest czwarta pompa rezerwowa i rezerwowo poziom zraszania.”. Zaoferowana instalacja spełnia zatem wymogi zamawiającego, gdyż obejmuje wymagane m.in. cztery pompy cyrkulacyjne, które mogą pracować jednocześnie.

Powyższe oświadczenie przystępującego koresponduje ponadto z przygotowanymi i załączonymi do oferty schematami technologicznymi absorbera (str. 1088 Oferty). Przywołane strony oferty zawierają informację o wyposażeniu absorbera, będącego wolnostojącą przeciwprądową wieżą zraszalczą w cztery poziomy dysz zraszających i cztery pompy cyrkulacyjne. Dodatkowo absorbery będą posiadały konstrukcję wewnętrzną (poniżej pierwszego z czterech poziomów zraszania) - tzw. półkę („tray”) poprawiającą kontakt sorbentu ze spalinami i efektywność procesu odsiarczania.

Podsumowując, zdaniem Izby, wskazać należy, że przystępujący zaoferował zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia absorbery z czterema poziomami zraszania i czterema pompami cyrkulacyjnymi. Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył bądź wykluczył, wbrew twierdzeniu odwołującego, możliwości zastosowania tzw. półki („tray”). Odpowiedź (wyjaśnienie) zamawiającego na pytanie nr 1, zadane przez jednego z wykonawców, nie zmienia żadnego zapisu s.i.w.z. Żaden z zapisów s.i.w.z. nie wyklucza zastosowania tzw. półki („tray”).”

Z zacytowanego uzasadnienia wyroku wynika, że Izba rozstrzygnęła na korzyść konsorcjum Babcock przeciwko stanowisku odwołującego podnoszone kwestie, potwierdzając, że konsorcjum Babcock zaoferowało zgodnie z wymaganiami SIWZ:

„wyposażenie absorbera, będącego wolnostojącą przeciwwprądową wieżą zraszaliczną w cztery poziomy dysz zraszających i cztery pompy cyrkulacyjne”

oraz, że

*„Zamawiający w ocenie ofert wziął pod uwagę zużycie energii elektrycznej dla pracujących czterech poziomów zraszania, wobec czego po poprawieniu omyłek w ofercie konsorcjum Babcock wartość ta wyniosła: $194,44\text{MWh} / 24\text{h} * 6250\text{h} = 50625,41\text{ MW}$,”*

a także,

„że zamawiający nie zmienił wartości w pkt 4 formularza oferty, ponieważ wartość ta dotyczy zużycia rocznego energii, gdzie zamawiający nie wskazał w tym miejscu formularza wymogu pracy czterech poziomów zraszania. Wartość wskazana w tym punkcie wskazuje rzeczywiste, szacowane roczne zużycie energii przez IOS, a nie zużycia teoretycznego gdyby wszystkie poziomy zraszania pracowały.”

Zatem, argumentacja odwołującego zamieszczona w uzasadnieniu aktualnie rozpoznawanego odwołania dotycząca poprawienia w ofercie konsorcjum Babcock oczywistej omyłki pisarskiej (art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp) i oczywistej omyłki rachunkowej (art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp), w wyniku których prawidłową wartością zużycia energii elektrycznej dla absorbera pracującego ze wszystkimi poziomami zraszania jest wartość 194,44 MWh, nie może podlegać merytorycznemu rozpoznaniu. Nie mogą być zatem rozpoznane i merytorycznie ocenione przedstawione w uzasadnieniu odwołania warianty zmiany wartości zużycia energii elektrycznej dla absorbera pracującego ze wszystkimi poziomami zraszania, ustalonej pismem zamawiającego z dnia 2013-04-12, jako wartość 194,44 MWh. Celem przedstawionych w odwołaniu wariantów jest doprowadzenia do obliczenia odmiennej ilości punktów w ofercie przystępującego w kryterium K2.1

W zakresie pierwszego zarzutu przedstawionego w odwołaniu, rozpoznaniu podlega wyłącznie ocena ofert dokonana w dniu 16 lipca 2013 r., jako czynność zamawiającego zakończona wyborem najkorzystniejszej oferty spośród dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie opisanych w SIWZ kryteriów oceny ofert i wyłącznie w granicach podniesionych w odwołaniu, podczas, gdy czynność wykonana w kwietniu br. (zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej z dnia 19.04.2013 r.) była czynnością oceny trzech ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w wyniku zaplanowanej aukcji elektronicznej.

W obecnym odwołaniu odwołujący nie powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania sygn. akt KIO 1020/13, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się, co jest nieodzownym wymogiem zastosowania art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Odwołujący powołuje się na okoliczności oceny oferty w dniu 16 lipca 2013 r., kwestionując punktację w kryterium K2.1 i wybór, jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Babcock, podnosząc naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp oraz pkt 23.1.1. SIWZ dotyczącego kryteriów oceny ofert (zarzut 1).

Podstawę punktacji ofert w toku oceny dokonanej w kwietniu br., stanowiły te same kryteria oceny i te same elementy ofert były brane pod uwagę, jednak punktacja dotycząca oferty konsorcjum Babcock, ocenianej obok dwóch pozostałych ofert (odwołującego i konsorcjum Mostostal) nie była przedmiotem rozstrzygnięcia Izby.

Drugim zarzutem, którego okoliczności nie stanowiły przedmiotu rozstrzygnięcia Izby w wyroku KIO 1020/13, jest termin realizacji zamówienia.

Zamawiający wymagał w SIWZ pkt 4, aby podpisanie Protokołu Przekazania-Przejęcia do Eksploatacji Obiektów nastąpiło nie później [niż] 31.12.2015 r. Jednocześnie zamawiający dopuścił możliwość wydłużenia czasu realizacji zamówienia maksymalnie do 31.03.2016 r. dla jednej z trzech instalacji odsiarczania spalin. Przy czym realizacja dwóch z trzech instalacji odsiarczania spalin musi zostać przekazana do eksploatacji do końca 2015 r.

Czas realizacji zamówienia stanowił kryterium oceny ofert o wadze 6%, co odpowiadało możliwości uzyskania 100 punktów w tym kryterium. Zrealizowanie kompletnej instalacji (wszystkich trzech instalacji blokowych oraz części wspólnej) do 31.12.2015 r. uprawniało wykonawcę do uzyskania 100 punktów, w terminie do 31.01.2016 r. 70 punktów i w terminie do 29.02.2016 r. 30 punktów (pkt 23. SIWZ).

Przystępujący podał w ofercie termin wykonania przedmiotu zamówienia do 31.12.2015 r., odwołujący do 31.03.2016 r. Termin realizacji zamówienia do 31.12.2015 r. został podany w trzech ofertach złożonych w postępowaniu, za wyjątkiem oferty odwołującego.

Otwarcie 4. złożonych ofert odbyło się 11 lutego 2013 r. Podczas otwarcia ofert zamawiający podał terminy wykonania zamówienia wskazane w ofertach (art. 86 ust. 4 Pzp).

Zatem, termin wykonania przedmiotu zamówienia podany w ofercie przystępującego oraz znaczenie terminu dla uzyskania punktacji w toku oceny ofert, było znane odwołującemu od otwarcia ofert, a także potwierdzone, w przekazanym odwołującemu na jego wniosek w kwietniu br., protokole postępowania Druk ZP-PN, w którym w polu 9 zamieszczono zestawienie ofert zawierające wszystkie dane z ofert, które były oceniane z zastosowaniem kryteriów oceny ofert, w tym termin wykonania przedmiotu zamówienia.

Termin wykonania zamówienia, jako nieodpowiadający wymaganiom SIWZ lub nierealny w dacie składnia ofert, wskazany w wybranej ofercie, nie stanowił przedmiotu zarzutu w

odwołaniu wniesionym po pierwotnej ocenie ofert poprzedzającej planowaną aukcją elektroniczną.

Nie stanowi także zarzutu w obecnym odwołaniu, chociażby ze względu na upływ terminu do jego kwestionowania.

Ad 5. Oddalając odwołanie w sprawie KO 1020/13 Izba nie uwzględniła m.in. zarzutu niezgodności treści oferty konsorcjum Babcock z treścią SIWZ, co oznacza, że zastosowany system jest skuteczny wraz z konsekwencjami wynikającymi z tego faktu. Skuteczne też jest poprawienie parametrów w wierszu 21 str., 0006 oferty konsorcjum Babcock, co powoduje, że przyjęta wartość zużycia energii elektrycznej dla absorbera pracującego ze wszystkimi poziomami zraszania wynosi 194,44 MWh i w obecnym postępowaniu nie podlega ponownemu badaniu lub zmianie.

II. Zarzuty rozpoznane na rozprawie.

Po rozpoznaniu zarzutów odwołania w granicach określonych na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - konsorcjum Babcock, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Ad 1. Czynność oceny oferty konsorcjum Babcock z naruszeniem art. 91 ust. 1 i 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz pkt 23.1.1. SIWZ.

W pkt 23.1.1. SIWZ Kryteria oceny ofert - zamawiający ustanowił 3 kryteria: 1. Cena ofertowa brutto w złotych (W1) - waga 75% (100 punktów), 2. Zastosowane rozwiązania techniczne i technologiczne (W2) - waga 19% (100 punktów), w tym zużycie energii elektrycznej przy pracujących wszystkich poziomach zraszania (2.1) - 90 punktów, zużycie mączki kamienia wapiennego (2.2) - 10 punktów, 3. Czas realizacji zamówienia (W3) - waga 6% (100 punktów).

Mimo przedstawienia na wstępie odwołania zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, wskazującego wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert opisanymi w SIWZ, z uzasadnienia odwołania wynika, że odwołujący kwestionuje jednak przyznanie wybranej ofercie w podkryterium - zużycie energii elektrycznej przy pracujących wszystkich poziomach zraszania (2.1) - 74,71 pkt, wyniku obliczonego z zastosowaniem wartości zużycia energii dla absorbera pracującego ze wszystkimi poziomami zraszania o wartości 194,44 MWh, ustalonej w tej wielkości przez zamawiającego w wyniku poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp (zawiadomienie z dnia 12 kwietnia 2013 r.). Przyjęcie tej wartości w wierszu 21 na str. 0006 oferty, jako średnie 24-godzinne zużycie energii elektrycznej przy pracujących wszystkich poziomach zraszania, jest

wartością nie podlegającą kwestionowaniu ze względu na „powagę rzeczy osądzonej - *res iudicata*”.

Wskazany opis w pkt 21 w „Zestawieniu Parametrów Gwarantowanych”, jest to jedyny opis wskazujący zużycie energii elektrycznej przy pracujących wszystkich poziomach zraszania. Zatem do oceny ofert w podkryterium - zużycie energii elektrycznej przy pracujących wszystkich poziomach zraszania (2.1) mogła być brana pod uwagę wartość przedstawiona w tym wierszu. W pkt 4 Formularza ofertowego pt. „Zestawienie rocznego zużycia mediów dla oceny ofert”, w ostatnim wierszu tabeli „Zużycie energii elektrycznej [MWh]” nie zamieszczono opisu dotyczącego zużycia energii elektrycznej przy pracujących wszystkich poziomach zraszania. W wyroku KIO 1020/13 potwierdzono, że korekta danych w wierszu 21 na str. 0006 oferty konsorcjum Babcock nie zmienia pkt 4 Formularza ofertowego, w którym wskazano faktyczne roczne zużycie energii elektrycznej.

Odwołujący podniósł na rozprawie niespójność postanowień SIWZ w tym zakresie, kwestia ta jednak nie stanowi i nie może na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowić sporu. Zatem, zamawiający będący zobowiązanym do oceny oferty z zastosowaniem zużycia energii elektrycznej przy pracujących wszystkich poziomach zraszania (2.1), słusznie przyjął wartość zużycia energii elektrycznej przedstawioną w ofercie konsorcjum Babcock po korekcie (niepodważalnej obecnie), jako wartość odnoszącą się do wszystkich poziomów zraszania wykazaną w wierszu 21, str. 0006 oferty. Podnieść należy, że ten sposób oceny ofert był już zastosowany w kwietniu br. (udostępniono odwołującemu dokumentację postępowania). W wyniku tamtej oceny ofert, przed planowaną aukcją elektroniczną, najwyższą punktację uzyskało konsorcjum Mostostal, drugą w kolejności konsorcjum Babcock i ostatnią odwołujący.

Odwołujący nie wykazał, by w toku oceny ofert w dniu 16 lipca 2013 r., czynność zamawiającego została dokonana za naruszeniem wskazanych w tym zarzucie przepisów Pzp. Przedstawione w uzasadnieniu odwołania metody wyznaczania innej wartości zużycia energii, zmierzające w sumie do podważania zgodności treści oferty konsorcjum Babcock z treścią SIWZ, nie podlegają rozpoznaniu.

Ad 2. Zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Babcock na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp z uwagi na zaoferowanie świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 kc.

Na podstawie ustalonych okoliczności w sprawie brak jest podstaw, by uznać zasadność zarzutu.

Wskazany przepis Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Przywołany przepis art. 387 § 1 kc stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Przepis Pzp stanowi o nieważności oferty, przepis kc

o nieważności umowy. Z przywołanego w uzasadnieniach stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego poglądu judykatury oraz doktryny wynika, że niemożność świadczenia oznacza, iż świadczenie nie może być wykonane przez nikogo. Świadczenie niemożliwe to takie, które według umowy ma wykonać dłużnik, a które jest niemożliwe do realizacji. Niemożliwość świadczenia może istnieć, jako pierwotna, obiektywna, czy następcza. Niemożliwość świadczenia polega na tym, że nie tylko konkretny dłużnik, ale również żadna inna osoba nie może spełnić danego świadczenia - wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt II CSK 611/08. Izba w pełni akceptuje stanowisko przystępującego, że „Świadczenie jest niewykonalne w znaczeniu obiektywnym, gdy nie jest w stanie go spełnić ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury lub stanu wiedzy i techniki (zob. też wyr. SA w Poznaniu z 27.5.1992 r., I ACr 162/92, OSA 1992, Nr 12, poz. 90; wyr. SN z 22.11.1973 r., III CRN 255/73, Legalis; z 8.5.2002 r., III CKN 1015/99, Legalis; z 8.1.2009 r., I CSK 239/08, Legalis; z 20.3.2009 r., II CSK 611/08, Legalis; tak P. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny. Komentarz, t. 1, Warszawa 2011, s. 1454; P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2013, s. 648)”.

Zatem, przyjmując argumentację odwołującego należy uznać, że świadczenie jest niemożliwe do zrealizowania nie tylko przez konsorcjum Babcock, ale także przez odwołującego, jako jedyne wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu poza przystępującym, a więc wystąpiłaby przesłanka unieważnienia postępowania. Odwołujący nie ubiega się o unieważnienie postępowania lecz o uzyskanie zamówienia, zatem należy wnioskować, że zamówienie może być wykonane w terminie do 31.03.2016 r. Zamawiający opisując w pkt 4 SIWZ termin wymagany realizacji przedmiotu zamówienia do 31.12.2015 r., określił jednocześnie dopuszczalność terminu do 31.03.2016 r. Z tej przyczyny niemożność zachowania terminu wymaganego, przy jednoczesnej możliwości realizacji zamówienia w terminie dopuszczalnym, co do zasady, nie czyni świadczenia niemożliwym w rozumieniu przepisu art. 387 § 1 kc, gdyż nie występują ograniczenia wynikające z praw natury lub stanu wiedzy i techniki. Realizacja zamówienia po upływie terminu przewidywanego nie jest też świadczeniem niemożliwym. Kwestię odrębną stanowią skutki niedochowania terminu. Odwołujący fakt ten potwierdził (str. 14 odwołania) wskazując skutki w postaci kar umownych za zwłokę, jeżeli wystąpi ona z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W harmonogramie konsorcjum Babcock, w przeciwieństwie do zarzutu, zabezpieczono odpowiednie rezerwy czasowe. Przystępujący wykazał też podjęte już czynności przygotowawcze w celu sprawnego wykonania inwestycji. Odwołujący podnosząc niemożliwość świadczenia, w istocie zmierza do kwestionowania harmonogramu realizacji zamówienia. Ocena harmonogramu, w przypadku jego wadliwości, mogła być kwestionowana we właściwym czasie.

Ponadto, zarzutem odwołania nie jest niezgodność oferty z SIWZ w zakresie terminu wykonania zamówienia lecz nieważność oferty na podstawie art. 387 § 1 kc, która powinna być wykazana w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący nie wykazał przesłanek nieważności oferty, skutkujących jej odrzuceniem na podstawie wskazanych przepisów art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 387 § 1 kc.

Wobec nieudowodnienia naruszenia przepisów podanych w dwóch przedstawionych zarzutach, konsekwencją jest również uznanie, jako nieudowodnionego zarzutu -

Ad 3 - czynności wyboru oferty konsorcjum Babcock, jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp.

Reasumując powyższe ustalenia i dokonaną ocenę, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła wniosek zamawiającego, przyznając zwrot kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: