Sygn. akt KIO 364/20

WYROK

z dnia 9 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2020 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 21 lutego 2020r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Top Construction S.A., Sp. k. z siedzibą w Warszawie, Tedom Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Energetyka Cieplna Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ELEMONT Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Eneria Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie-Dziekanówek zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1) uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ELEMONT Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Eneria Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie-Dziekanówek na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych.

2) w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3) kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Łodzi.

Przewodniczący: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Energetyka Cieplna Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na

podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp") na: „Rozbudowę EC sp. z o.o. w Skierniewicach o wysokosprawny blok kogeneracyjny oparty na silnikach gazowych".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 listopada 2019r. pod numerem 2019/S 228-558453.

Zamawiający w dniu 11 lutego 2020 r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty - ofert złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Elemont Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz Eneria Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach (dalej: „Przystępujący") oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Top Construction Spółka Akcyjna Sp.k. z siedzibą w Warszawie oraz Tedom Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (dalej „Odwołujący").

W dniu 21 lutego 2020 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z pkt 10.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ") oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący w związku z tak postawionymi zarzutami wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- odrzucenia oferty Przystępującego;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w szczególności Schematu technologicznego.

Uzasadniając zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp Odwołujący wskazał, że wadium złożone celem zabezpieczenia oferty Przystępującego zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Gwarancja przetargowa zapłaty wadium z dnia 2 stycznia 2020 r., zmieniona sporządzonym dnia 7 stycznia 2020 r. Aneksem nr 1 do Gwarancji przetargowej zapłaty wadium nr 46593 z dnia 2 stycznia 2020 r., przedłożona wraz z ofertą Przystępującego jako wykonawcę wskazuje tylko jeden podmiot tj. Elemont sp.

z o.o., natomiast taka oferta tj. oferta samego wykonawcy Elemont sp. z o.o. nie została w przedmiotowym postępowaniu złożona. Odwołujący podkreślił, że zasady wnoszenia wadium dla wykonawców indywidualnych i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia są jednakowe - w obu wypadkach w gwarancji musi zostać wskazany wykonawca i do tego musi on zostać wskazany poprawnie - różnica ta będzie tylko taka, że w pierwszym przypadku będzie to nazwa jednego podmiotu, a w drugim dwóch lub więcej. Ewentualnie - w wersji minimum - w treści gwarancji może być wskazany co najmniej jeden wykonawca z zaznaczeniem, że oferta będzie złożona wraz z innym podmiotem lub podmiotami albo że będzie złożona w ramach konsorcjum, albo że podmiot zlecający wystawienie gwarancji działa jako pełnomocnik danych podmiotów.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający działając ze świadomością powyższego stanowiska w pkt 10.3 SIWZ, wprowadził zapis, że: „Z treści wadium wnoszonego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie powinno wynikać, że zabezpiecza wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie". W związku z powyższym ani zatem Zamawiający ani wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu nie mogą powoływać się na brak wiedzy czy świadomości powyższych regulacji i zasad wnoszenia wadium przez wykonawców występujących wspólnie. Żadne oświadczenia ani inne czynności dokonane po terminie składania ofert będącego jednocześnie terminem, do którego należało wnieść wadium (art. 45 ust. 3 Pzp) nie mogą uzupełnić ani korygować wniesionego wadium, a więc również zmieniać treści gwarancji wadialnej, czy to w postaci aneksu, czy dodatkowych wyjaśnień, a wszelkie tego typu oświadczenia są nieskuteczne (za wyjątkiem wyraźnie dopuszczonych w przepisach, jak np. przedłużenie wadium lub wniesienie nowego wadium). Wynika to z treści art. 45 ust. 3 w zw.

z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, z których połączenia wynika norma prawna, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a jeśli wadium nie zostanie wniesione do upływu terminu składnia ofert, ofertę odrzuca się. W związku z powyższym, według Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Przystępującego jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum spółek Elemont Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz Eneria Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach zgodnie z dyspozycją art. 89 ust 1 pkt 7b.

Uzasadniając zarzut naruszenia 89 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust 1 pkt 2 oraz art. 26 ust 3 i art. 7 ust 1 Pzp Odwołujący wskazał, że w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty Zamawiający wskazał na trzy sprzeczności złożonej przez niego oferty z treścią SIWZ, tj.:

a) niezgodności zaproponowanych wielkości płatności w Harmonogramie Rzeczowo Finansowym (HRF) stanowiącym załącznik nr 4;

b) brak w ofercie bilansu cieplnego i opisu technicznego proponowanych rozwiązań;

c) niezgodność schematu z wymaganiami SIWZ.

Odnosząc się do kwestionowanej przez Zamawiającego niezgodności

zaproponowanych wielkości płatności w HRF stanowiącym załącznik nr 4, Odwołujący wskazał, że w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający nie wskazał, jakie postanowienia SIWZ i w jakim zakresie naruszył Odwołujący w złożonym do oferty Harmonogramie. Zauważył, że w decyzji tej znajduje się stwierdzenie, iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia są sprzeczne z postanowieniami SIWZ, ale są to również twierdzenia gołosłowne, nie odnoszą się do żadnych konkretnych postanowień SIWZ co uniemożliwia Odwołującemu ustosunkowanie się do nich. Wyjaśnił także, że kwestia wielkości poszczególnych płatności była przedmiotem jednego z czterech wezwań Zamawiającego do wyjaśnień. Odwołujący udzielając wyjaśnień z dnia 17 stycznia 2020 r. wskazał, że: „wypełnił tabele zgodnie z wytycznymi Zamawiającego zamieszonymi w załączniku nr 4. Punkt 5.

Odwołujący wyjaśnia, że:

a. Punkt 5.1 jest składową Punktu 5.3 owartości 10% wynagrodzenia ryczałtowego i

b. Punkt 5.2 jest składową Punktu 5.3 o wartości 10% wynagrodzenia ryczałtowego,

c. Wynagrodzenie za Punkt 5.1 + 5.2 + 5.3 łącznie wynosi 25% wynagrodzenia ryczałtowego (wartość narzucona przez Zamawiającego zgodnie z wytycznymi),

d. Punkt 5.4 jest składową Punktu 5.7 o wartości 10% wynagrodzenia ryczałtowego,

e. Punkt 5.5 jest składową Punktu 5.7 o wartości 10% wynagrodzenia ryczałtowego,

f. Punkt 5.6 jest składową Punktu 5.7 o wartości 10% wynagrodzenia ryczałtowego,

g. Wynagrodzenie za Punkt 5.4 + 5.5 + 5.6+ 5.7 łącznie wynosi 30% wynagrodzenia

ryczałtowego (wartość narzucona przez Zamawiającego zgodnie z wytycznymi,

h. Punkt 5.8 jest składową Punktu 5.11 o wartości 5% wynagrodzenia ryczałtowego,

i. Punkt 5.9 jest składową Punktu 5.11 o wartości 5% wynagrodzenia ryczałtowego,

j. Wynagrodzenie za Punkt 5.8 + 5.9 + 5.11 łącznie wynosi 10% wynagrodzenia ryczałtowego (wartość narzucona przez Zamawiającego zgodnie z wytycznymi). Podsumowując Harmonogram Rzeczowo-Finansowy Odwołującego jest w pełni

zgodny z treścią SIWZ i udzielonych odpowiedzi Zamawiającego.”.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, że podtrzymuje stanowisko zawarte w złożonych

wyjaśnieniach, że suma pozycji c, g oraz j daje łącznie 65% co jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Ich ocena dokonana przez Zamawiającego i płynąca z niej konkluzja, iż rzekomo w złożonym przez Odwołującego harmonogramie zawarte jest 125% wynagrodzenia jest w ocenie Odwołującego bezzasadna.

Odnosząc się kolejno do zarzucanego mu przez Zamawiającego braku złożenia wraz z ofertą bilansu cieplnego i opisu technicznego proponowanych rozwiązań wskazał, że Zamawiający w odpowiedziach na pytania do SIWZ nr 1 z dnia 3 grudnia 2019 r. na pytanie nr 11 o treści: „Jakie dokumenty należy załączyć do oferty w celu potwierdzenia mocy cieplnej i sprawności elektrycznej netto?", odpowiedział następująco „Zamawiający informuje że, w celu udowodnienia oferowanej mocy cieplnej do oferty należy załączyć kartę katalogową oferowanego agregatu, w której pokazane zostaną parametry spalin, w szczególności temperatura spalin oraz karta katalogowa dostawcy wymiennika ciepła spaliny-woda jednoznacznie wskazująca moc wymiennika przy schłodzeniu spalin do 120C. Dodatkowo oferent ma obowiązek przedstawić bilans cieplny przez podanie mocy uzyskiwanych m.in. z płaszcza silnika. Wielkość sprawności elektrycznej oraz moc cieplna układu są parametrami które określa Wykonawca w ofercie, jeżeli załączone karty katalogowe różnią się od oferowanych wartości należy przedstawić opis techniczny proponowanych rozwiązań, potwierdzający możliwości techniczne osiągnięcia proponowanych wartości. Jednocześnie Zamawiający jednocześnie informuje, że udowodnienie oferowanych parametrów nastąpi na etapie Pomiarów Parametrów Gwarantowanych". Ponadto w dniu 12 grudnia 2019 r. a zatem już po udzieleniu ww. odpowiedzi Zamawiający opublikował aktualizację SIWZ w pliku pod nazwą „Załącznik do odpowiedzi", gdzie w na stronie 25 i 26 (SIWZ) w punkcie 12.3 Zawartość oferty zostały zdefiniowane dokumenty, z których oferta musi się składać. Dodatkowo w dniu 31 grudnia 2019 r. Zamawiający opublikował Załącznik nr 1 - Wzór Formularza Oferty o nazwie „Załącznik nr 1 Formularz ofertowy po zmianach 31 12 2019". W dokumencie tym na stronie 5 i 6 dodatkowo Zamawiający określił listę załączników do oferty.

Odwołujący stwierdził, że zarówno w SIWZ jak i w Załączniku nr 1 - Wzór Formularza oferty nie został wymieniony załącznik/dokument o nazwie bilans cieplny. Mając na uwadze powyższe brak możliwości uznania, iż Zamawiający wymagał złożenia takiego odrębnego dokumentu oraz jaki był jego charakter czy też forma. Pomimo tego faktu, Odwołujący zauważył, że w załączonej do formularza oferty karcie katalogowej silnika znajduje się część techniczna pn. Bilans mocy. Odwołujący zwrócił uwagę, że bilans cieplny jest integralną częścią bilansu mocy. Ponadto w trzecim wierszu o nazwie „Ciepło układu chłodzenia silnika zamieszczona jest wartość mocy cieplnej która tożsama jest z mocą określenia „płaszcza silnika".

Odnosząc się kolejno do zarzut Zamawiającego dotyczącego braku złożenia opisu technicznego proponowanych rozwiązań wskazał, że dołączył do oferty karty katalogowe wymaganych urządzeń. W dwóch wyjaśnieniach z dnia 14 oraz 30 stycznia 2020 r. Odwołujący wskazał w jaki sposób należy odczytywać i interpretować parametry oferowanych urządzeń, co w ocenie Odwołującego należy uznać łącznie za opis techniczny oferowanych rozwiązań, który - co wynika z postanowień SIWZ - miał być dokumentem alternatywnym dla kart katalogowych zaś celem ich złożenia było potwierdzenia mocy cieplnej i sprawności elektrycznej. Zarzucił, że Zamawiający nie dookreślił formy ani zakresu tego dokumentu a jedynie cel jego złożenia. Ponadto stwierdził, że złożone przez niego karty wraz z wyjaśnieniami potwierdzają ww. parametry tj. moc cieplną oraz sprawność elektryczną w sposób wyczerpujący.

Odwołujący podkreślił, że zarzut Zamawiającego, iż wyjaśnienia z dnia 14 stycznia 2020 r. były niepełne i dotyczyły tylko pomp jest o tyle bezzasadny, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczyło jedynie pomp. Fakt, iż Zamawiający pomimo udzielonych rzetelnych i klarownych wyjaśnień nadal nie chce zobaczyć treści, która w ofercie Odwołującego się znajduje zaś dla porównania zobaczył w treści wadium złożonego przez Przystępującego postanowienia których tam nie ma wskazuje przede wszystkim na złą wolę Zamawiającego oraz rażące naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odnosząc się kolejno do niezgodności przedłożonego przez niego schematu z wymaganiami SIWZ wyjaśnił, że powyższa kwestia również była przedmiotem dwukrotnych wyjaśnień udzielonych przez niego w dniach 14 i 30 stycznia 2020 r. Odwołujący podkreślił, iż w treści poprzedzających je wezwań nie pojawiły się odniesienia do pkt 6.1 PFU. Zamawiający uczynił to dopiero w treści decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w postępowaniu nie zdefiniował jakie elementy ma zawierać oraz w jaki sposób Wykonawca ma wykonać ogólny schemat technologiczny, poza informacją, że ogólny schemat technologiczny ma zawierać naniesiony sposób wpięcia w sieć cieplną. Powyższe wynika nie z treści SIWZ a z udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na jedno z pytań. Po jej udzieleniu - w dniu 31 grudnia 2019 r. Zamawiający opublikował Załącznik nr 1 - Wzór Formularza Oferty o nazwie „Załącznik nr 1 Formularz ofertowy po zmianach 31 12 2019". W dokumencie tym na stronie 5 i 6 dodatkowo Zamawiający określił listę załączników do oferty, wśród nich w pkt j) wskazał na Ogólny schemat technologiczny instalacji z naniesionym sposobem wpięcia w sieć cieplną. Zamawiający nie dookreślił jaki jest status i charakter tego dokumentu zaś z treści decyzji o odrzuceniu jego oferty Odwołujący nagle dowiedział się, że jest to dokument kluczowy i miał on potwierdzać zgodność zaoferowanych przez Odwołującego rozwiązań z treścią SIWZ, w

szczególności pkt 6.1 PFU. W jego ocenie takiej interpretacji nie sposób zdaniem Odwołującego wywieść z treści SIWZ i udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający w postępowaniu przetargowym nie zdefiniował jakie elementy oraz w jaki sposób wykonawca ma wykonać ogólny schemat technologiczny, na jaką okoliczność ma zostać złożony poza informacją, że ogólny schemat technologiczny ma zawierać naniesiony sposób wpięcia w sieć cieplną. Zgodnie z ww. dyspozycją Zamawiającego Odwołujący przedłożył stosowny rysunek graficzny. Załączenie rysunku z naniesionym sposobem wpięcia w sieć cieplną jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Nawet jednak, gdyby przyjąć taką interpretację na jaką wskazuje treść decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i uznać, że złożony przez Odwołującego schemat jest wadliwy należy jednocześnie stwierdzić, że ów schemat był dokumentem przedmiotowym, mającym potwierdzić spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, a więc w przypadku jego wadliwości Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego do jego uzupełnienia czego zaniechał.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 lutego 2020r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, Zamawiający stwierdził, że informacje zawarte w gwarancji przedłożonej przez Przystępującego prawidłowo określają dane Zamawiającego, przedmiot zamówienia, okres gwarancji, kwotę wadium oraz przesłanki wypłaty wadium w sytuacjach wymienionych art. 45 ust. 4a i 5 Pzp. Gwarancja została złożona w formie elektronicznej i nie mają do niej zastosowanie zapisy pkt. 5.3 i 6 o ewentualnym zwrocie oryginału gwarancji. Podkreślił, że w jego ocenie załączona do oferty Przystępującego gwarancja wadialna w pełni zabezpiecza jego interesy. Została wniesiona prawidłowo i nie zmienia tego fakt, że została wystawiona na jednego członka konsorcjum - firmę Elemont, która jest liderem i pełnomocnikiem drugiego wykonawcy. W treści pełnomocnictwa zawarte jest wyraźne upoważnienie dla lidera do złożenia wadium - wykonawca Eneria Sp. z o.o. upoważniła Elemont do: „złożenia oferty wspólnej Elemont i Eneria oraz zabezpieczenia tej oferty wadium". Biorąc pod uwagę treść gwarancji wadialnej, cel jej wniesienia oraz to, że do złożenia wadium został upoważniony lider konsorcjum (jeszcze przed datą wniesienia wadium i złożenia wspólnej oferty), wadium wniesione przez konsorcjum Elemont Sp. z o.o. i Eneria Sp. z o.o. jest prawidłowe. Nie zmienia tego faktu zalecenie zawarte w pkt. 10.3 SIWZ, że „z treści wadium wnoszonego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się' o zamówienie powinno wynikać, że zabezpiecza wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie". Zamawiający wyjaśnił bowiem, że zapis ten ma charakter informacyjny, formalny i nie może stanowić źródła zobowiązania wykonawcy, skoro obowiązek taki nie wynika z treści aktu prawnego. Tym bardziej zapis ten nie może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy np. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp.

Według Zamawiającego w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7b) Pzp. Wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zostało wniesione w sposób prawidłowy z zachowaniem wszystkich wymogów określonych w Pzp oraz w wykonaniu woli wykonawców zamierzających złożyć wspólną ofertę. Nie stanowi o „nieprawidłowości" wniesienia wadium to, że gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona na jednego z uczestników wspólnej oferty, skoro taka była wola obu uczestników wyrażona w pełnomocnictwie (art. 58 kc). Nie ma przy tym żadnych wątpliwości jakiego beneficjenta i jakiego postępowania dotyczy złożone wadium. Zamawiający podkreślił, że w Pzp nie ma przepisu prawnego, który nakazywałby odrzucić ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne z tego powodu, że gwarancja wadialna została wystawiona na jednego z uczestników wspólnej oferty. Ustawa ta nakazuje do wykonawców składających wspólną ofertę odpowiednio stosować przepisy o wykonawcy (art. 23 Pzp), a za wszelkie czynności lub zaniechania podjęte w tym postępowaniu wykonawcy odpowiadają solidarnie. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 45 ust. 3 Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, w kwocie określonej przez Zamawiającego i w formach określonych w art. 45 ust. 6. Treść dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium w formie niepieniężnej wynika z art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp oraz szczególnego aktu prawnego regulującego zasady wystawiania wadium w danej formie. Celem wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiającego na wypadek sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. I to są w ocenie Zamawiającego merytoryczne przesłanki do oceny prawidłowości wniesienia wadium. Uzależnianie oceny prawidłowości wniesienia wadium od zapisu wskazującego kto ustanowił wadium, w oderwaniu od prawnych skutków tej czynności prawnej, oznaczałoby przyznanie prymatu formalnym aspektom postępowania. „W odniesieniu do wadium formalizm nie jest celem samym w sobie (wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1110/15). Odejście od zbytniego formalizowania procedury jest tezą orzeczeń KIO powielaną w szeregu aktualnych

uzasadnień orzeczeń Izby, gdyż celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty, spełniającej oczekiwania Zamawiającego i złożonej przez zweryfikowanego wykonawcę. W przedmiotowym postępowaniu takim wykonawcą jest Przystępujący.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności płatności HRF zauważył, że w zapisach do wzoru Harmonogramu Rzeczowo — Finansowego (Załącznik Nr 4 do SIWZ) wskazał, że wykonawcy wypełnią podpunkty punktu 5 według swojej najlepszej wiedzy deklarując czas zakończenia oraz procent wynagrodzenia (za wyjątkiem punktów narzuconych przez Zamawiającego tymczasowo oznaczonych jako: 5.3, 5.7, 5.11), w sumaryczny procent wynagrodzenia punktu, który będzie równał się wielkości 65%. W związku z powyższym zapisem Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia oferty oczekując od nich określenia płatności częściowych w taki sposób, żeby wartość poszczególnych elementów składowych pozycji 5 HRF pn. Roboty budowlano — montażowe nie przekroczyła 65% wynagrodzenia. W HRF złożonym przez Odwołującego, wartość płatności częściowych wyodrębnionych w ramach pozycji 5 obejmuje wynagrodzenie w łącznej wysokości 125%. Powyższe stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i jest podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Zamawiający podkreślił, że niezgodność złożonego w ofercie Odwołującego HRF z wymaganiami SIWZ ma doniośle konsekwencje, gdyż uniemożliwia realizację Kontraktu m.in. w poniższych pkt:

9.2 Wykonawca będzie realizował Przedmiot Kontraktu zgodnie z Harmonogramem Realizacji Kontraktu stanowiącym Załącznik nr 5 do Kontraktu.

9.2.1 Harmonogram Realizacji Kontraktu uwzględnia Etapy realizacji, których osiągnięcie stanowić będzie podstawę płatności. Etapy realizacji określa Harmonogram Rzeczowo-Finansowy stanowiący Załącznik nr 4 do Kontraktu.

12.4 Cena będzie płatna zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ

Podkreślił, że złożone - w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp - wyjaśnienia Odwołującego nie eliminują niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ. Ze złożonych wyjaśnień nie wynika, że pkt. 5.1, 5.2 mieszczą się w pkt. 5.3, bo są tam inne daty odbioru, a argumentacja dotycząca pkt. 5.4, 5.5, 5.6 i 5.7 jest niezrozumiała i nielogiczna. Wskazane w % wielkości płatności częściowych wynagrodzenia nie pozwalają na ustalenie jaki procent wynagrodzenia będzie fakturowany przy odbiorze konkretnych etapów robót. Taki Harmonogram Rzeczowo — Finansowy nie pozwala na realizację inwestycji zgodnie z terminami odbiorów częściowych oraz płatnościami określonymi w harmonogramie.

Odnosząc się kolejno do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu braku przedstawienia bilansu cieplnego Zamawiający wskazał, że w piśmie z dnia 3 grudnia 2019 r. na pytanie wykonawcy „Jakie dokumenty należy załączyć do oferty w celu potwierdzenia mocy cieplnej i sprawności elektrycznej netto?" Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający informuje że, w celu udowodnienia oferowanej mocy cieplnej do oferty należy załączyć kartę katalogową oferowanego agregatu, w której pokazane zostaną parametry spalin, w szczególności temperatura spalin oraz karta katalogowa dostawcy wymiennika ciepła spaliny-woda jednoznacznie wskazująca moc wymiennika przy schłodzeniu spalin do 120C. Dodatkowo oferent ma obowiązek przedstawić bilans cieplny przez podanie mocy uzyskiwanych m.in. z płaszcza silnika". Odwołujący załączył do oferty schemat oraz kartę katalogową oferowanego agregatu i kartę katalogową dostawcy wymiennika, lecz nie przedstawił bilansu cieplnego przez podanie mocy uzyskiwanych m.in. z płaszcza silnika. Wielkość sprawności elektrycznej oraz moc cieplna układu są parametrami, które wykonawca miał określić (wyliczyć) w ofercie. W związku z brakiem możliwości potwierdzenia parametrów deklarowanych na podstawie załączonych kart katalogowych,

Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości co do treści oferty. W odpowiedzi Odwołujący podniósł, że w kartach katalogowych jest podana moc cieplna i przedstawił własną analizę kart katalogowych z uwzględnieniem współczynników korygujących i wskaźników oraz rozwiązań technicznych dobranych na podstawie własnego doświadczenia, których nie można odczytać ze złożonych kart katalogowych. Wyjaśnienia te nie udowodniają oferowanej mocy cieplnej, a skoro katalogowe oferowanego agregatu nie podawały tego parametru, to w ofercie powinien być przedstawiony bilans cieplny, przy czym nie musiał to być odrębny dokument. Zamawiający stwierdził, że brak ww. danych merytorycznych w ofercie powoduje, że jest ona sprzeczna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że przedstawienie bilansu cieplnego miało na celu precyzyjne określenie wielkości zapotrzebowania na moc cieplną i ciepło do odpowiednich funkcji agregatu (potrzeb

cieplnych). Jest to najważniejszy etap projektu, gdyż od prawidłowości sporządzenia bilansu cieplnego zależy racjonalny dobór urządzeń decydujących o uzasadnionych kosztach eksploatacji obiektu. Na etapie składania ofert, bilans cieplny potrzebny był do wyznaczenia parametrów technicznych wszystkich urządzeń.

Odnosząc się kolejno do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu braku opisu technicznego Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na pytanie do treści SIWZ z dnia 3 grudnia 2019 r. (pytanie 18) „jakie dokumenty należy załączyć do oferty w celu potwierdzenia mocy cieplnej i sprawności elektrycznej netto?", Zamawiający poinformował, że „w celu udowodnienia oferowanej mocy cieplnej do oferty należy załączyć kartę katalogową oferowanego agregatu, w której pokazane zostaną parametry spalin, w szczególności temperatura spalin oraz karta katalogowa dostawcy wymiennika ciepła spaliny-woda jednoznacznie wskazująca moc wymiennika przy schłodzeniu spalin do 120C. Dodatkowo oferent ma obowiązek przedstawić bilans cieplny przez podanie mocy uzyskiwanych m.in. z płaszcza silnika. Wielkość sprawności elektrycznej oraz moc cieplna układu są parametrami które określa Wykonawca w ofercie, jeżeli załączone karty katalogowe różnią się od oferowanych wartości należy przedstawić opis techniczny proponowanych rozwiązań, potwierdzający możliwości techniczne osiągnięcia proponowanych wartości. Jednocześnie Zamawiający jednocześnie informuje, że udowodnienie oferowanych parametrów nastąpi na etapie Pomiarów Parametrów Gwarantowanych."

Odwołujący załączył do oferty karty katalogowe urządzeń (pompy, wentylator, agregat kogeneracyjny, wymiennik ciepła), w których brak opisu wszystkich parametrów lub wskazane parametry różnią się od parametrów deklarowanych mocy netto oraz sprawności. W takiej sytuacji, skoro karty katalogowe zastosowanych urządzeń nie określają danych parametrów lub wskazane parametry są różne od oferowanych, wykonawca miał podać w ofercie w formie opisu technicznego, jak osiągnąć oferowane parametry. Innymi słowy,

Odwołujący winien załączyć do oferty opisy techniczne proponowanych rozwiązań potwierdzające możliwości techniczne osiągnięcia proponowanych rozwiązań, a takich opisów technicznych w ofercie Odwołującego nie ma. Powyższego braku nie można, uzupełnić, gdyż opisy techniczne stanowiły cześć oferty.

Ustosunkowując się do przyczyn odrzucenie oferty Odwołującego z powodu braku schematu technologicznego i zaniechanie wezwania do uzupełnienie tego dokumentu Zamawiający wyjaśnił, że w punkcie 6.1 PFU określił, że Elektrociepłownia będzie zakładem wytwarzającym energię elektryczną i ciepło w kogeneracyjnym układzie składającym się z 4 agregatów kogeneracyjnych wyposażonych w silniki gazowe z generatorami prądu zmiennego i układami odzysku ciepła o mocy ok. 2 MWe i ok. 2 MWt każdy. Dodatkowo Zamawiający określił (pkt 6.1.5. PFU), że Wykonawca dokona zmiany koncepcji dostosowując Projekt Budowlany oraz Specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych do zakresu określonego w punkcie 6.1 PFU.

W związku z ww. wymogiem, w ramach pytań do SIWZ, wykonawca wniósł „o zastosowanie wymogu dołączenia do oferty ogólnego schematu technologicznego instalacji potwierdzającego oferowany zakres dostaw urządzeń oraz karty technologiczne dobranych pomp". W odpowiedzi z dnia 17 grudnia 2019 r. (pytanie 1), Zamawiający przychylił się do tej uwagi oraz poinformował wykonawców, że „do oferty należy załączyć ogólny schemat technologiczny instalacji z naniesionym sposobem wpięcia w sieć oraz karty technologiczne zastosowanych pomp." Zamawiający podkreślił, że Odwołujący w swojej ofercie przedstawił ogólny schemat technologiczny wykorzystując do tego schemat technologiczny instalacji Zamawiającego. Na tym schemacie Odwołujący nie naniósł korekt przedstawiających dostosowanie układu do wymagań SIWZ (nie przedstawił swojej koncepcji schematu). Tym samym załączony do oferty schemat uniemożliwiał Zamawiającemu dokonanie analizy technicznej złożonej oferty. Jest niezgodny z wymaganiami opisanymi w SIWZ i z tego tytułu oferta Odwołującego zasadnie została odrzucona.

Ponadto wbrew stanowisku Odwołującego, schemat technologiczny przedstawiający dostosowanie układu kogeneracyjnego do wymagań SIWZ według propozycji wykonawcy, nie stanowi dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. pkt. 2) Pzp. W przepisie tym mowa o dokumentach przedmiotowych, których Zamawiający może żądać na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. W tym przypadku Zamawiający nie określił wymagań i dokumentu na ich potwierdzenie. To wykonawca miał przedstawić w swojej ofercie dokument o nazwie „schemat technologiczny", w którym wykaże sposób dostosowania układu kogeneracyjnego do wymagań SIWZ. Schemat technologiczny, który wykonawcy mieli załączyć do oferty jest bezspornie częścią oferty. Miał być sporządzony na podstawie ogólnego schematu załączonego do SIWZ i przedstawiać własne propozycje wykonawcy wynikające ze zmiany projektu oraz przedstawiać podłączenie urządzeń do sieci i funkcjonowanie układu. Każdy wykonawca taki dokument do oferty załączył, przy czym Odwołujący załączył do oferty ogólny schemat wyjęty z SIWZ. Brak schematu sporządzonego indywidualnie przez

wykonawcę nie mógł być uzupełniony poprzez wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż stanowiłoby to niedopuszczalne uzupełnienie treści oferty.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 28 lutego 2020r. wniósł o oddalenie odwołania.

Poparł stanowisko Zamawiającego odnośnie skuteczności wniesionego przez niego wadium, a także co do prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w związku z wadami przygotowanego przez Odwołującego HRF, braku dołączenia bilansu cieplnego oraz opisu technicznego i schematu technologicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron oraz dowody złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

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

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elemont sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz Eneria sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, Izba ustaliła:

Zamawiający, w Rozdziale 10 SIWZ, opisał wymagania dotyczące złożenia przez wykonawców wadium w postępowaniu, wskazując w punkcie, że z treści wadium wnoszonego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie powinno wynikać, że zabezpiecza wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia ubiegali się m.in. wykonawcy wspólnie składający ofertę: Elemont sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (lider) oraz Eneria sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach (partner). Umocowanie dla lidera konsorcjum wynikało z udzielonego pełnomocnictwa z dnia 23 grudnia 2019 r., na mocy którego lider konsorcjum został upoważniony do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu, w tym do zabezpieczenia wspólnej oferty Konsorcjum.

Izba ustaliła ponadto, że wraz z ofertą Przystępujący złożył Zamawiającemu gwarancję ubezpieczeniową nr 46593 z dnia 2 stycznia 2020r. wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. z siedzibą w Warszawie. Jako wykonawcę wpisano „ELEMONT” sp. z o.o. z siedzibą w Opolu.

Kwestią sporną wymagającą rozstrzygnięcia przez Izbę była okoliczność, czy w związku z postanowieniem punktu 10.3 SIWZ złożenie gwarancji wadialnej bez wyraźnego wskazania wszystkich wykonawców na którą gwarancja wadialna jest wystawiona jest prawidłowa, czy też należało uznać ją za nieprawidłową, w konsekwencji czego Zamawiający winien był odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, gdy wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Wskazać należy, że wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy ma miejsce wtedy, kiedy wniesienia wadium nastąpiło bez zachowania wymaganej przepisami i SIWZ formy. Stosownie zaś do treści art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający ma obowiązek zamieszczenia w SIWZ swych wymagań dotyczących wadium. Z przepisu tego wynika prawo Zamawiającego do określenia podstawowych kwestii wiążących się z obowiązkiem wniesienia/wpłacenia wadium. Obejmuje ono w szczególności uprawnienie do wskazania kwoty wadium, rachunku bankowego na jaki wadium w formie pieniężnej ma zostać wpłacone, wskazanie sposobu/miejsca złożenia wadium wnoszonego w formie niepieniężnej, czy też wymogów dotyczących wadium w formie niepieniężnej. Z drugiej strony przepis ten nie może ograniczać prawa wykonawców do wniesienia wadium w formach dopuszczonych przez art. 45 ust. 6 Pzp. Nie stanowi też podstawy do formułowania takich wymagań dodatkowych, które czyniłyby możliwość wniesienia wadium w poszczególnych formach iluzoryczną.

W niniejszym postępowaniu w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że Zamawiający na podstawie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp w rozdziale 10 SIWZ postawił konkretne wymagania dotyczące wadium, w tym w punkcie 10.3 SIWZ zawarł wymóg, aby z treści wadium wnoszonego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wynikało, że zabezpiecza wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

W ocenie składu orzekającego nie sposób uznać, że postawiony przez Zamawiającego w punkcie 10.3 SIWZ wymóg nakładał na wykonawców obowiązek niemożliwy do spełnienia. W konsekwencji więc Izba uznała, że sporne zastrzeżenie w SIWZ było zgodne z prawem, nie wykraczało poza dyspozycję art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp. Nie można było go więc uznać za nieważne na podstawie art. 58 KC w zw. z art. 14 Pzp. W ocenie składu orzekającego powyższego wymogu - wbrew stanowisku Zamawiającego oraz Przystępującego - nie sposób było także uznać za wymóg o charakterze instrukcyjnym, formalnym. Skoro Zamawiający nakazał, aby z dokumentu wadium wynikało, że zabezpiecza Zamawiającego wobec działań czy zaniechań wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum to Przystępujący, jako profesjonalista, winien był w takiej sytuacji taki dokument złożyć. Dostrzeżenia wymagało również, że skoro Przystępujący w terminach wynikających z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp nie kwestionował postanowień SIWZ, to składają dokument gwarancji wadialnej bez wskazania wszystkich wykonawców, nie zastosował się do wiążącego go zastrzeżenia.

Skład orzekający popiera dotychczasowe orzecznictwo sądów powszechnych jak i KIO, że zgodność oferty z wymaganiami Zamawiającego należy oceniać przez literalne brzmienie treści SIWZ z zastosowaniem zasad wskazanych w art. 65 kc. Z ww. postanowienia SIWZ w sposób jednoznaczny wynika wymóg, aby wykonawca przedłożył gwarancję, w której będą wymienione wszystkie podmioty tworzące konsorcjum. Zamawiający na etapie oceny ofert nie ma prawa, aby postawione w SIWZ wymagania poszerzać lub je ograniczać. Dołączone wyjaśnienia wystawcy gwarancji nie zmieniają jej treści, bowiem w tym przypadku gwarancja w sposób niesporny wskazuje tylko na jeden podmiot. Wobec powyższego Izba uznała, że przedłożona z ofertą gwarancja jest niezgodna z wymaganiami punktu 10.3 SIWZ, w konsekwencji czego uznać należało ją za wniesioną w sposób nieprawidłowy, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Odnosząc się do zarzutów dotyczącego naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp Izba ustaliła i zważyła w zakresie:

a) braków Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego:

Zamawiający w załączniku Nr 4 stanowiącym wzór Harmonogramu Rzeczowo — Finansowego pod zawartą w nim tabelą wskazał, że wykonawcy wypełnią podpunkty punktu 5 według swojej najlepszej wiedzy deklarując czas zakończenia oraz procent wynagrodzenia, za wyjątkiem punktów narzuconych przez Zamawiającego tymczasowo oznaczonych jako: 5.3, 5.7, 5.11, w sumaryczny procent wynagrodzenia punktu, który będzie równał się wielkości 65%.

W złożonym przez Odwołującego HRF, wartość płatności częściowych wyodrębnionych w ramach pozycji 5, po zsumowaniu obejmuje wynagrodzenie w łącznej wysokości 125%.

W dniu 17 stycznia 2020r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień wskazał, że:

„a. Punkt 5.1 jest składową Punktu 5.3 owartości 10% wynagrodzenia ryczałtowego i

b. Punkt 5.2 jest składową Punktu 5.3 o wartości 10% wynagrodzenia ryczałtowego

c. Wynagrodzenie za Punkt 5.1 + 5.2 + 5.3 łącznie wynosi 25% wynagrodzenia ryczałtowego (wartość narzucona przez Zamawiającego zgodnie z wytycznymi),

d. Punkt 5.4 jest składową Punktu 5.7 o wartości 10% wynagrodzenia ryczałtowego,

e. Punkt 5.5 jest składową Punktu 5.7 o wartości 10% wynagrodzenia ryczałtowego,

f. Punkt 5.6 jest składową Punktu 5.7 o wartości 10% wynagrodzenia ryczałtowego,

g. Wynagrodzenie za Punkt 5.4 + 5.5 + 5.6+ 5.7 łącznie wynosi 30% wynagrodzenia ryczałtowego (wartość narzucona przez Zamawiającego zgodnie z wytycznymi,

h. Punkt 5.8 jest składową Punktu 5.11 o wartości 5% wynagrodzenia ryczałtowego,

i. Punkt 5.9 jest składową Punktu 5.11 o wartości 5% wynagrodzenia ryczałtowego,

j. Wynagrodzenie za Punkt 5.8 + 5.9 + 5.11 łącznie wynosi 10% wynagrodzenia ryczałtowego (wartość narzucona przez Zamawiającego zgodnie z wytycznymi).

Podsumowując Harmonogram Rzeczowo-Finansowy Odwołującego jest w pełni zgodny z treścią SIWZ i udzielonych odpowiedzi Zamawiającego.”.

Izba ustaliła także, że Zamawiający odpowiadając w dniu 31 grudnia 2019r. na pytanie nr 1 wskazał, że Harmonogram Rzeczowo-Finansowy należy złożyć wraz z ofertą, co wynika również ze wzoru Formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ (pkt 25 lit. g tego formularza).

Uwzględniając powyższe, na wstępie wskazać należy, że HRF w niniejszym stanie faktycznym był wymagany przez Zamawiającego na podstawie SIWZ i stanowił treść oferty składanej w postępowaniu.

Kolejno wskazać należy, że mając na uwadze treść wymogu zawartego pod tabelą załącznika nr 4 skład orzekający uznał, że obowiązkiem wykonawców było złożenie wraz z ofertą HRF, w którym wykonawcy mieli wskazać sposób określenia płatności częściowych przy uwzględnieniu wymogu, aby wartość poszczególnych elementów składowych pozycji 5 HRF pn. Roboty budowlano — montażowe nie przekroczyła 65% wynagrodzenia. Natomiast sposób wypełnienia punktu 5 HRF złożonego przez Odwołującego, po zsumowaniu tych pozycji, obejmuje 125 % wynagrodzenia. Skład orzekający za niezasługujące na uwzględnienie uznał twierdzenia Odwołującego zawarte w wyjaśnieniach w z dnia 17 stycznia 2020r., że pewne elementy harmonogramu zawierają się w jednostkach HRF wyższego rządu. Takiej okoliczności nie sposób bowiem odczytać z przedłożonego Zamawiającemu HRF. Co więcej również sam sposób numeracji pozycji HRF w zakresie punktu nr 5 zdaniem Izby potwierdza, że są to pozycje o tej samej randze hierarchicznej. Zostały one bowiem oznaczone kolejno punktami 5.1-5.11, bez żadnego wskazania, że pozycje 5.1. i 5.2. są składową punktu 5.3. W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że sposób wypełnienia przez Odwołującego HRF w zakresie pozycji 5 jest niezgodny z wymogiem postawionym w tym zakresie przez Zamawiającego, a w związku z uznaniem, że HRF stanowił treść oferty z uwagi na nadany temu dokumentowi przez Zamawiającego istotny walor, oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

b) braku złożenia bilansu cieplnego:

Zamawiający w odpowiedzi z dnia 3 grudnia 2019 r. na pytanie 18: „Jakie dokumenty należy załączyć do oferty w celu potwierdzenia mocy cieplnej i sprawności elektrycznej netto?” udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający informuje że, w celu udowodnienia oferowanej mocy cieplnej do oferty należy załączyć kartę katalogową oferowanego agregatu,

w której pokazane zostaną parametry spalin, w szczególności temperatura spalin oraz karta katalogowa dostawcy wymiennika ciepła spaliny-woda jednoznacznie wskazująca moc wymiennika przy schłodzeniu spalin do 120C. Dodatkowo oferent ma obowiązek przedstawić bilans cieplny przez podanie mocy uzyskiwanych m.in. z płaszcza silnika".

Odwołujący załączył do oferty schemat oraz kartę katalogową oferowanego agregatu i kartę katalogową dostawcy wymiennika.

Uwzględniając powyższy stan faktyczny skład orzekający na wstępie wskazuje, że Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 18 wskazał w sposób wyraźny, że wykonawcy mają w ofertach przedstawić bilans cieplny przez podanie mocy uzyskiwanych m.in. z płaszcza silnika. Tym samym bilans cieplny był przez Zamawiającego wymagany. Wskazać bowiem należy, że treść odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiąże wykonawców w tym samym zakresie jak dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ.

Kolejno skład orzekający uznał, że Zamawiający Przystępujący wykazali, że załączenie do oferty jedynie bilansu mocy samego silnika nie spełnia wymogu załączenia bilansu cieplnego. Skoro przedmiotem zamówienia jest cała instalacja to w bilansie cieplnym powinny być ujęte wszystkie elementy tej instalacji. Powołanie się przez Odwołującego na bilans mocy samego silnika kogeneracyjnego wywołuje ten skutek, iż nie mamy do czynienia z bilansem cieplnym, gdyż bilans mocy samego silnika prezentuje wyłącznie jedną ze stron bilansu (bilansu ciepła), czyli źródło ciepła. Pomija jednak drugą stronę bilansu, tzn. ciepło przekazywane przez układ do sieci ciepłowniczej.

Brak załączenia bilansu cieplnego powoduje, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

c) brak złożenia opisu technicznego proponowanych rozwiązań:

Zamawiający udzielając w dniu 18 grudnia 2019r. odpowiedzi na pytanie nr 8 do SIWZ określił, że wykonawcy powinni przedstawić karty katalogowe, a jeżeli przedstawione karty katalogowe różnią się od zaoferowanych wartości to wykonawca powinien przedstawić opis techniczny proponowanych rozwiązań, potwierdzający możliwości techniczne osiągnięcia proponowanych wartości.

Ponadto w Formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający wskazał w punkcie 25 lit. i), że wraz z ofertą należy złożyć karty katalogowe w celu potwierdzenia deklarowanych parametrów, a jeżeli załączone karty katalogowe urządzeń różnią się od oferowanych wartości należy przedstawić opis techniczny proponowanych rozwiązań.

Izba ustaliła ponadto, że odmienność wartości parametrów technicznych zaoferowanych przez Odwołującego w stosunku do wartości tych parametrów dotyczyła:

- karta chłodnicy intercoolera wskazuje, że dobór chłodnicy został dokonany dla agregatu o mocy 219 kW (a nie o mocy 178 kW, jak powinno to zostać dokonane zgodnie z kartą katalogową agregatu kogeneracyjnego). Dodatkowo należy zwrócić uwagę na całkowicie odmienne temperatury wlotu i wylotu chłodziwa (w karcie agregatu jest to odpowiednio 49 st. C i 45 st. C, zaś w karcie katalogowej chłodnicy jest to odpowiednio 42 st. C i 38 st. C).

- Dane podane dla wymiennika spalinowego i temperatury spalin są nietożsame z kartą katalogową agregatu, gdzie podane są inne wartości.

- Karta techniczna wentylatora wskazuje na wielkość jego wydajności na poziomie 2x 20.000 Nm3/h, natomiast zgodnie z kartą agregatu silnik wymaga dopływu powietrza na poziomie wyższym tj. 51.400 Nm3/h.

Odwołujący wraz z ofertą nie złożył Zamawiającemu opisu technicznego proponowanych rozwiązań.

Uwzględniając powyższe ustalenia skład orzekający uznał, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podkreślić bowiem należy, że brak przedłożenia przez Odwołującego się opisu rozwiązań technicznych w sytuacji, gdy z przedłożonych kart katalogowych wynikały inne parametry niż zaoferowane przez tego wykonawcę powodowały, że treść oferty była niezgodna z SIWZ.

c) niezgodności schematu z wymaganiami SIWZ:

Zamawiający w odpowiedzi z dnia 17 grudnia 2019 r. na pytanie o treści „Zgodnie wymogiem przedstawionym przez Inwestora w PFU pkt. 6.1.5. dotyczącym konieczności zmiany koncepcji, zakres dostaw przedstawiony na załączonym do postępowania schemacie cieplnym T-01 ulegnie znaczącym zmianom. W celu obiektywnej weryfikacji przedłożonych ofert oraz technicznej możliwości oceny spełnienia wymogów Zamawiającego, prosimy o zastosowanie wymogu dołączenia do oferty ogólnego schematu technologicznego instalacji potwierdzającego oferowany zakres dostaw urządzeń oraz karty technologiczne dobranych pomp" odpowiedział: „Zamawiający przychyla się do uwagi i informuje że, do oferty należy załączyć ogólny schemat technologiczny instalacji z naniesionym sposobem wpięcia w sieć cieplna oraz karty technologiczne zastosowanych pomp.".

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający we wzorze Formularza Oferty określił listę załączników do oferty i w punkcie 25 lit. j) wymienił Ogólny schemat technologiczny instalacji z naniesionym sposobem wpięcia w sieć cieplną. Tym samym Izba stwierdziła, że schemat technologiczny był jednoznacznie wymagany przez Zamawiającego na podstawie SIWZ i stanowił treść oferty składanej w postępowaniu.

Ponadto skład orzekający ustalił, że W punkcie 6.1.5 PFU Zamawiający wskazał, że w celu umożliwienia pracy z priorytetem produkcji energii elektrycznej w sezonie letnim, należy dokonać zmian w istniejącym projekcie polegających na zaprojektowaniu zespołu 2 chłodnic wentylatorowych awaryjnych 6CWTEK1-3. Mają one za zadanie umożliwić pracę bez odzysku ciepła ze strony sieci 2 dowolnym agregatom spośród 4. Jak wynika to z opisu stanu istniejącego, podlegającego przebudowie, zgodnie z wymaganiami PFU przywołanymi powyżej, aktualnie instalacja Zamawiającego posiada zespół 3 chłodnic wentylatorowych. Tym samym wymaganie określone w pkt 6.1.5. PFU sprowadza się do dokonania przebudowy istniejącej instalacji w sposób narzucony przez Zamawiającego, tj. prowadzący do powstania zespołu 2 chłodnic wentylatorowych awaryjnych 6CWTEK1-3.

W punkcie 6.1 PFU Zamawiający określił, że Elektrociepłownia będzie zakładem wytwarzającym energię elektryczną i ciepło w kogeneracyjnym układzie składającym się z 4 agregatów kogeneracyjnych wyposażonych w silniki gazowe z generatorami prądu zmiennego i układami odzysku ciepła o mocy ok. 2 MWe i ok. 2 MWt każdy. Dodatkowo Zamawiający określił (w pkt 6.1.5. PFU), że Wykonawca dokona zmiany koncepcji dostosowując Projekt Budowlany oraz Specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych do zakresu określonego w punkcie 6.1 PFU.

Odwołujący złożył Zamawiającemu schemat technologiczny sporządzony dla pierwotnej koncepcji budowy elektrociepłowni z naniesionym jedynie sposobem wpięcia w sieć ciepłowniczą. Złożony schemat nie uwzględniał wymaganej przez Zamawiającego w PFU liczby agregatów (zamiast 4 zawierał ich 5), nie uwzględniał konieczności zmiany chłodnic awaryjnych z 3 na 2, a także brak było wymaganej w PFU zmiany parametrów takich jak: moc cieplna agregatu, moc cieplna wymienników separacyjnych, czy też temperatury w poszczególnych punktach instalacji.

Skład orzekający uwzględniając powyższe stwierdził, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź do SIWZ z 17 grudnia 2019r. w sposób niebudzący wątpliwości wprowadzała wymóg, aby załączony do oferty schemat technologiczny dotyczył oferowanej przez wykonawcę instalacji z naniesionym sposobem wpięcia w sieć cieplną oraz karty technologiczne zastosowanych pomp. Nie sposób więc uznać, że przedłożenie przez Odwołującego schematu znajdującego się w dokumentacji postępowania, dotyczącego istniejącej obecnie instalacji, która nie uwzględniała wymogów niniejszego postępowania określonych w PFU spełniało zadość postawionemu wymogowi.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:.....