

Sygn. akt: KIO 2861/15

Sygn. akt: KIO 31/16

WYROK
z dnia 25 stycznia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2016 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2861/15) i w dniu 10 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 31/16) przez wykonawcę **Balcke-Dürr Polska Sp. z o.o., ul. Augustówka 24, 02-981 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów**

przy udziale wykonawcy **ALSTOM Power Sp. z o.o. Oddział w Elblągu, ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 2861/15 i KIO 31/16)

orzeka:

1. uwzględnić oba odwołania oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy **ALSTOM Power Sp. z o.o. Oddział w Elblągu, ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu, a nadto nakazuje zamawiającemu udostępnienie strony 3 i 4 wyjaśnień wykonawcy **ALSTOM Power Sp. z o.o. Oddział w Elblągu, ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg** z dnia 11 grudnia 2015 r. oraz nadanie pkt 9 *Zestawienie ofert* ppkt 2 lit. c) *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* (Druk ZP-PN) treści: „zużycie sprężonego powietrza transportowego przez układ odpowietrzania: 1230 m³ /h”,

KIO 2861/15, KIO 31/16 1

-
2. kosztami postępowania obciążyć **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów** (sygn. akt KIO 2861/15) i **ALSTOM Power Sp. z o.o. Oddział w Elblągu, ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg** (sygn. akt KIO 31/16)

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Balcke-Dürr Polska Sp. z o.o. z Warszawy** (sygn. akt KIO 2861/15 i KIO 31/16) tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów** (sygn. akt KIO 2861/15) i od wykonawcy **ALSTOM Power Sp. z o.o. Oddział w Elblągu, ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg** (sygn. akt KIO 31/16) na rzecz wykonawcy **Balcke-Dürr Polska Sp. z o.o., ul. Augustówka 24, 02-981 Warszawa** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych i zero groszy), w tym:
 - A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów** na rzecz wykonawcy **Balcke-Dürr Polska Sp. z o.o., ul. Augustówka 24, 02-981 Warszawa** z tytułu wpisu od odwołania

i wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 2861/15),

B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy **ALSTOM Power Sp. z o.o. Oddział w Elblągu, ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg** na rzecz wykonawcy **Balcke-Dürr Polska Sp. z o.o., ul. z tytułu wpisu od Augustówka 24, 02-981 Warszawa** odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 31/16).

KIO 2861/15, KIO 31/16 2

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

Przewodniczący:

KIO 2861/15, KIO 31/16 3

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 2861/15

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów (adres do korespondencji: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Elektrownia Turów Sekcja Realizacji Zakupów przy Oddziale Elektrownia Turów, ul. Młodych Energetyków 12, 59-916 Bogatynia (dalej „zamawiający”) na *Modernizację elektrofiltrów bloków 1-3 w PGE GIEK S.A. Oddział Elektrownia Turów* (zamówienie sektorowe) wykonawca Balcke-Dürr Polska Sp. z o.o., ul. Augustówka 24, 02-981 Warszawa złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 87 ust. 1, poprzez nieuzasadnione wezwanie (kilkukrotne) wykonawcy Alstom Power Sp. z o.o. (dalej również jako „ALSTOM”) do złożenia wyjaśnień w zakresie punktu 2 tiret 2 Formularza oferty dotyczącego zużycia sprężonego powietrza transportowanego przez układ odpopielania, w sytuacji, gdy treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), załączniki do niej oraz sam Formularz oferty wskazywały wprost, że zamawiający oczekuje podania parametru w odniesieniu do jednego układu, tj. kotła (a nie kilku), co w konsekwencji stanowiło niedozwolone negocjacje z wykonawcą w zakresie treści złożonej przez niego oferty i doprowadziło do dokonania przez ALSTOM niedozwolonej zmiany treści oferty po dokonaniu przez zamawiającego otwarcia ofert i po upublicznieniu danych odnośnie cen oferowanych przez konkurencyjnych wykonawców – *zmiana* taka prowadzi do sytuacji, w której złożono kolejną ofertę o innych parametrach niż pierwotna, a tym samym doszło do złożenia dwóch ofert skutkującego odrzuceniem każdej z nich na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,
2. art. 96, które jednocześnie doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zmianę w protokole postępowania treści odnoszących się do brzmienia oferty wykonawcy ALSTOM wbrew treści tej oferty, skutkujące uznaniem za nie podlegającą odrzuceniu i ważną ofertę wykonawcy ALSTOM, która to oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. wskazuje parametr łączny dla 3 układów (kotłów) i zaniechaniem odrzucenia oferty ALSTOM, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pomimo, iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób niemożliwy do poprawienia na podstawie art. 87

KIO 2861/15, KIO 31/16 4

ust. 2 pkt 3, w sytuacji gdy z SIWZ i załączników do niej wprost wynikało, że zamawiający wymaga wskazania parametru zużycia sprężonego powietrza dla danego

układu (tj. odrębnie dla każdego kotła), przez co oferta nie nadaje się do porównania z uwagi na przyjęte kryteria oceny ofert,

3. art. 14 w zw. z art. 387 ustawy kodeks cywilny oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie wyjaśnień ALSTOM jako zgodnych z rzeczywistością i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w sytuacji, gdy zaoferowane przez tego wykonawcę parametry zużycia sprężonego powietrza są obiektywnie niemożliwe do zrealizowania, co w konsekwencji spowoduje zawarcie z tym wykonawcą umowy o świadczenie niemożliwe i nieważność takiej umowy, a więc nieważność oferty, oferującej zawarcie nieważnej umowy,
4. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez nieodtajnienie wyjaśnień wykonawcy ALSTOM z dnia 22 listopada 2015 r. oraz wyjaśnień stanowiących odpowiedź na wezwanie wystosowane przez zamawiającego w dniu 3 grudnia 2015 r. w sytuacji, gdy wykonawca nie uzasadnił przyczyn takiego utajnienia bądź art. 96 ustawy, gdyby okazało się, że wbrew przepisom ustawy uzasadnienie wskazujące na przyczyny takiego utajnienia nie zostało podane przez zamawiającego do wiadomości odwołującego pomimo wniosku o udostępnienie protokołu postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uznania za nie znajdujące podstawy prawnej dokonanie zmian w protokole postępowania dotyczące parametru zużycia sprężonego powietrza transportowanego przez układ odpowielania podawanego w ofercie ALSTOM i przyjęcie, że wiążący dla oceny ofert jest parametr podany w ofercie odnoszący się zgodnie z treścią SIWZ do pojedynczego kotła,
2. nieważnienia czynności wezwania wykonawcy ALSTOM do złożenia wyjaśnień (28.10. i 03.12.2015 r.) na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jako zmierzającego do modyfikacji treści oferty ALSTOM w zakresie w/w parametru,
3. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty ALSTOM, dokonania ponownej oceny oferty i ustalenia ocen w poszczególnych kryteriach oceny

KIO 2861/15, KIO 31/16 5

ofert, tj. przeprowadzenie oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ i informacje podane w ofertach,

4. odtajnienie wyjaśnień wykonawcy ALSTOM z dnia 22 listopada 2015 r. oraz udzielonych w wyniku wezwania do wyjaśnień z dnia 3 grudnia 2015 r., ewentualnie nakazania przekazania odwołującemu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile stosowne wyjaśnienia zostały przez wykonawcę ALSTOM dostarczone w postępowaniu wraz z zastrzeżoną informacją.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, która w świetle przyjętych przez zamawiającego w SIWZ kryteriów oceny ofert winna doprowadzić do uzyskania przez niego zamówienia, jednak prowadzenie przez zamawiającego niedozwolonych negocjacji z wykonawcą ALSTOM, a w konsekwencji niedozwolona zmiana przez ALSTOM pierwotnej treści złożonej oferty może doprowadzić do utraty szansy uzyskania zamówienia przez odwołującego i jednocześnie nieważności umowy zamawiającego z ALSTOM jako umowy o świadczenie niemożliwe.

Zdaniem odwołującego odrzucenie oferty ALSTOM spowoduje, że zastosowanie przewidzianych w SIWZ zasad przyznawania punktów w poszczególnych kryteriach oceny ofert doprowadzi do uznania za najkorzystniejszą oferty odwołującego nie zaś ALSTOM, a także nie oferty Rafako, która obecnie została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Wyjaśnił, że zmiana „punktu odniesienia” do porównywania ofert, która nastąpi przy odrzuceniu oferty ALSTOM sprawi, że różnice pomiędzy ofertą odwołującego a Rafako w kryteriach poza cenowych zmniejszą się do tego stopnia, że niższa cena w ofercie odwołującego sprawi, iż to jego oferta będzie zawierać najlepszy bilans kryteriów.

Podał, że ocena ofert z uwzględnieniem parametru $1230 \text{ m}^3_{\text{usr}}/\text{h}$ dla pojedynczego kotła, nawet bez odrzucenia oferty ALSTOM, sprawia, że najkorzystniejsza jest oferta odwołującego. Dodał, że tym bardziej odrzucenie oferty ALSTOM powoduje, że oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza, gdyż to odwołujący zaproponował kluczowy dla ustalenia kolejności parametr zużycia sprężonego powietrza na najniższym poziomie.

Wykazując zachowanie terminu na wniesienie odwołania odwołujący podał, że uzyskał wgląd do protokołu oraz informację o wzywaniu przez zamawiającego do wyjaśnień wykonawcy ALSTOM w dniu 21 grudnia 2015 r., zaś wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce 29 grudnia 2015 r. – dla żadnej z tych czynności nie upłynął termin na wniesienie odwołania.

W odniesieniu do naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (nieuprawnione wezwanie i modyfikacja treści oferty prowadząca do skutku w postaci dwóch ofert wykonawcy ALSTOM) odwołujący podał, że spółka ALSTOM złożyła wraz z innymi

KIO 2861/15, KIO 31/16 6

oferentami w dniu 7 października 2015 r. ostateczną ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia.

Wskazał, że po złożeniu ofert zamawiający sporządził i udostępnił wykonawcom protokół postępowania (druk ZP-PN), w którym przedstawił zaoferowane przez wykonawców ceny i gwarantowane parametry techniczne w tym zaoferowany przez ALSTOM poziom zużycia sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania, tj. $1230 \text{ m}^3_{\text{usr}}/\text{h}$, a następnie, w dniu 28 października 2015 r. zamawiający, pismem nr PMR - ELT/7030//2015 na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy ALSTOM z prośbą o wyjaśnienie treści oferty – wyjaśnienie miało dotyczyć tego, czy podana przez ALSTOM w ofercie gwarantowana wartość zużycia sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym odnosi się do układu odpopielania jednego bloku czy trzech bloków.

Uzupełnił, że pytanie identycznej treści zamawiający wysłał do wszystkich pozostałych oferentów (poza RAFAKO S.A). Podkreślił, że przyczyna sformułowania i wystosowania do wykonawców takiego pytania nie została w piśmie wyjaśniona.

Odwołujący wskazał w dalszej kolejności, że pismem z dnia 18 listopada 2015 r. o nr. PMR-ELT/7523//2015 zamawiający zwrócił się po raz kolejny do ALSTOM (i tylko tego wykonawcy) z prośbą o dodatkowe wyjaśnienia – zamawiający poinformował firmę ALSTOM, że w jego ocenie zapis przedstawiony w SIWZ w brzmieniu: „*Oświadczamy, że (...) zużycie sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym będzie wynosić ... $\text{m}^3_{\text{usr}}/\text{h}$* ” okazał się nieprecyzyjny, w wyniku czego wykonawcy podawali w tym punkcie oferty wartości dla jednego układu odpopielania lub łączną wartość dla wszystkich trzech układów, a także poinformował wykonawcę, że zdaniem zamawiającego dokumentacja przetargowa w sposób jednoznaczny nie precyzuje wymagań dotyczących parametrów, jakie wykonawcy powinni w ofertach zagwarantować.

Z powyższych względów zamawiający wezwał firmę ALSTOM do wyjaśnienia, czy zużycie sprężonego powietrza transportowego przez jeden układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym będzie wynosić $410 \text{ m}^3_{\text{usr}}/\text{h}$ czy $1230 \text{ m}^3_{\text{usr}}/\text{h}$.

Zdaniem odwołującego treścią wezwania zamawiający zasugerował wykonawcy ALSTOM wartość $410 \text{ m}^3_{\text{usr}}/\text{h}$ (inaczej $410 \text{ Nm}^3/\text{h}$) jako wartość dotyczącą zużycia sprężonego powietrza przez jeden układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT; wartość $410 \text{ m}^3_{\text{usr}}/\text{h}$ pojawia się po raz pierwszy w piśmie kierowanym przez zamawiającego do ALSTOM z dnia 18 listopada 2015 r.

Wskazał, że w odpowiedzi, w piśmie z dnia 22 listopada 2015 r., ALSTOM jednym zdaniem potwierdził dokładnie tę wartość.

KIO 2861/15, KIO 31/16 7

Odwołujący stanął na stanowisku, że takie działanie zamawiającego stoi w całkowitej sprzeczności z bardzo precyzyjnie i jednoznacznie przygotowaną dokumentacją przetargową i stanowi niedozwolone negocjacje z wykonawcą w zakresie treści złożonej przez niego oferty.

Zwrócił uwagę, że zamawiający w swoim piśmie z dnia 18 listopada 2015 r. raz jeszcze sam potwierdza, że układ odpopielania oznacza instalację przynależną do jednego bloku, co wykluczyło możliwość swobodnej interpretacji zapisów SIWZ, a w szczególności swobodnej

interpretacji tego, jaki parametr mieli gwarantować wykonawcy (parametr określony jako „zużycie sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym”).

Podkreślił, że potwierdzona przez ALSTOM, zmodyfikowana po złożeniu oferty wartość zużycia powietrza transportowego na poziomie 410 Nm³/h dla jednej instalacji stanowi, poza ceną, jeden z istotnych kryteriów oceny ofert.

Nadto podniósł, że zmodyfikowana przez ALSTOM wartość jest rażąco zaniżona i obiektywnie niemożliwa do osiągnięcia (stanowi ona ok. 7 % aktualnego zużycia sprężonego powietrza na obecnie eksploatowanych w Elektrowni Turów urządzeniach przy elektrofiltrach K1, K2, K3 oraz ok. 10 % średniej wartości gwarantowanej przez innych oferentów w przedmiotowym postępowaniu).

Odwołujący uznał, że zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony podważył jednoznaczność przygotowanych przez siebie dokumentów przetargowych i w ten sposób doprowadził do sytuacji, w której wykonawca, znając ceny i parametry gwarantowane przez innych oferentów, może w pewnym momencie dopasować gwarantowane przez siebie parametry do kryteriów oceny oferty – znając złożone oferty i ich ceny może dowolnie kształtować przedmiotową treść własnej oferty, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia.

Stwierdził, że treść dokumentacji przetargowej była jasna i nie budząca żadnych wątpliwości w zakresie tego, jakie parametry oferenci mieli gwarantować.

Zwrócił uwagę na brzmienie dokumentacji postępowania, która – zdaniem odwołującego – w sposób jednoznaczny określała parametry żądane przez zamawiającego:

- w dniu 20 lutego 2015 r. w Dzienniku Urzędowym pojawiło się ogłoszenie o przetargu na zadanie „*Modernizacja elektrofiltrów na blokach 1-3 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Turów*”; przedmiot zamówienia obejmował modernizację elektrofiltrów wraz z instalacjami odprowadzania popiołu z bloków, co oznacza, że od samego początku instalacje odprowadzania popiołu zgodnie z intencją zamawiającego były traktowane osobno, a nie wspólnie,
- SIWZ nr GEK/FZR-ELT/11582/2014 opublikowana w dniu 26 lutego 2015 r. przedstawiała m.in. następujące postanowienia:
 - przedmiot zamówienia został określony jako modernizacja elektrofiltrów bloków 1-3 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Turów wraz z instalacjami odprowadzenia

KIO 2861/15, KIO 31/16 8

popiołu lotnego do zbiorników retencyjnych popiołu, obejmującą łącznie wszystkie dostawy, roboty Budowlane (jeżeli wystąpią), usługi realizowane przez wykonawcę na podstawie niniejszego Kontraktu,
zadanie dzieli się na 3 następujące Fazy:

1. Modernizacja elektrofiltru wraz z instalacją odprowadzenia popiołu lotnego bloku nr 2 zwana „Fazą nr 1” – realizacja 2017/2018 rok.
2. Modernizacja elektrofiltru wraz z instalacją odprowadzenia popiołu lotnego bloku nr 1 zwana „Fazą nr 2” – realizacja 2018/2019 rok.
3. Modernizacja elektrofiltru wraz z instalacją odprowadzenia popiołu lotnego bloku nr 3 zwana „Fazą nr 3” – realizacja 2019/2020 rok.

- na stronie 29 Części I SIWZ zamawiający zawarł wzór, według którego liczy wartość punktową K₄ – zużycia sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania:

Odwołujący stwierdził, że powyższe odnosi się do jednego kotła, za którym zainstalowany jest elektrofiltr. Dodał, że przedsiębiorcy funkcjonujący na tym samym rynku jako profesjonaliści nie mogą się usprawiedliwiać, że ten zapis był przez nich rozumiany inaczej niż to wynika z jego literalnego brzmienia.

- Część II SIWZ „*Wymagania Techniczne*” – opis istniejącego układu lub wymagania dotyczące nowego układu lub instalacji odpylania:
 - w punkcie 1.6.2 zamawiający przedstawił opis istniejącej instalacji odpopielania, przedstawiając szczegóły wykonania instalacji jednego bloku oraz sprecyzował wydajność istniejącej instalacji (70 t/h) oraz maksymalne zużycie sprężonego powietrza technologicznego na poziomie 6000 m³/h.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z SIWZ GEK/FZR-ELT/11582/2014 wydajność nowej instalacji nie może być mniejsza niż 78 t/h, a także na okoliczność, że zamawiający opisał odrębnie instalacje każdego z bloków (czyli Bloku 2 w Fazie 1, Bloku 1

w Fazie 2 oraz Bloku 3 w Fazie 3) jako trzy całkowicie oddzielne instalacje również w zakresie części elektrycznej jak i automatyki, opomiarowania i sterowania (w tym osobne pomiary zużycia powietrza).

w rozdziale 2.1.1. Części II SIWZ zamawiający przedstawił wymagania ogólne dotyczące instalacji (układu) odpopielania w sposób nie budzący wątpliwości, że instalacja (układ) jest jednoznacznie zdefiniowana jako przywiązana do bloku, kotła czy elektrofiltru nigdy jednak do kilku bloków, kotłów czy elektrofiltrów – wymagania te stanowią, że „Konfiguracja instalacji odprowadzania i transportu popiołu (odpopielania) będzie ściśle dostosowana do konstrukcji i konfiguracji zmodernizowanego elektrofiltru (będzie zgodna z zastosowaną przez wykonawcę ilością lejów zsypowych elektrofiltru) a wydajność instalacji odpopielania będzie gwarantowała ciągłe odprowadzenie popiołu

KIO 2861/15, KIO 31/16 9

w całym zakresie pracy bloku (przy jednoczesnym uwzględnieniu sytuacji awaryjnych elektrofiltru, jak w szczególności awaria zasilania strefy pierwszej elektrofiltru".

w rozdziale 2.3.3 zamawiający przedstawił minimalne wymagania dotyczące Instalacji Odpopielania – są to wymagania, które narzucają konieczność stosowania odpowiedniego typu instalacji (oparta na pompach popiołowych z dolnym odbiorem popiołu), ale przedstawiają też wymóg zastosowania niezależnych pomiarów zużycia powietrza dla instalacji poszczególnych elektrofiltrów (czyli poszczególnych Faz).

rozdział 4.2.2 Części II SIWZ w kilku kolejnych punktach podaje wymagania dotyczące następujących Gwarantowanych Parametrów Technicznych:

- Spadek temperatury na długości elektrofiltrów przy obciążeniu 100 % WMT na węglu gwarancyjnym
- Spadek ciśnienia na długości elektrofiltrów przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym
- Zużycie energii elektrycznej przez elektrofiltr przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym
- Zużycie sprężonego powietrza przez układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wszystkie powyższe parametry dotyczyły jednej fazy zadania czyli jednego elektrofiltru i jednego układu odpopielania.

Nadto podniósł, że gdyby nawet, na podstawie takich postanowień SIWZ powstały jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące tego, czy parametr „zużycie sprężonego powietrza przez układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym” dotyczy instalacji jednego bloku (jednej Fazy) czy dwóch lub trzech bloków (kilku Faz) to wyjaśnia je wzór Kontraktu (Załącznik nr 3 do SIWZ), który definiuje jednoznacznie trzy oddzielne Fazy Zadania:

1. Modernizacja elektrofiltru wraz z instalacją odprowadzenia popiołu lotnego bloku nr 2 zwana „Fazą nr 1” – Przekazanie do eksploatacji 18.02.2018 r.
2. Modernizacja elektrofiltru wraz z instalacją odprowadzenia popiołu lotnego bloku nr 1 zwana „Fazą nr 2” – Przekazanie do eksploatacji 18.02.2019 r.
3. Modernizacja elektrofiltru wraz z instalacją odprowadzenia popiołu lotnego bloku nr 3 zwana „Fazą nr 3” – Przekazanie do eksploatacji 18.01.2020 r.

Zdaniem odwołującego każda z Faz Zadania obejmuje indywidualną dla danego bloku energetycznego instalację składającą się z elektrofiltru oraz układ odpopielania i odprowadzania popiołu wylapywanego przez ten właśnie elektrofiltr.

rozdział 4.2 Wzoru Kontaktu przedstawia Gwarantowane Parametry Techniczne (w tym zużycie sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania) – Gwarantowane Parametry Techniczne (w szczególności te parametry, które będą

KIO 2861/15, KIO 31/16 10

przepisane z Formularza Oferta) odnoszą się ponadto do 100% WMT (czyli pełnego obciążenia bloku energetycznego do którego dana instalacja przynależy), w punkcie 4.2.4 części III Kontraktu „Warunki finansowe i handlowe” wskazano, że „wartość ta zostanie przepisana z Formularza „Oferta”, co oznacza, że w ofercie wartość musiała być podana dla pojedynczej fazy, tj. dla jednego bloku, punkt 45.1 Wzoru Kontraktu definiuje, że Pomiary Gwarancyjne weryfikujące

dotrzymanie Gwarantowanych Parametrów Technicznych będą przeprowadzone odrębnie dla każdej Fazy Zadania, w terminie nie później niż 6 miesięcy od podpisania przez zamawiającego Protokołu Przekazania-Przejęcia do Eksploatacji danej Fazy Zadania;

Odwolujący podkreślił, że pomiary gwarancyjne danej fazy zadania są w stanie zweryfikować tylko to, czy zostały dotrzymane Gwarantowane Parametry Techniczne dla danej Fazy (nie można zweryfikować Gwarantowanych Parametrów Technicznych, gdyby miały być one wspólne dla wszystkich trzech faz) – w przypadku nieosiągnięcia, pomimo wykonania przez wykonawcę niezbędnych napraw i modyfikacji, któregośkolwiek z Gwarantowanych Parametrów Technicznych dla danej Fazy Zadania, w tym również gwarantowanego poziomu zużycia sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania zamawiający ma prawo do obciążenia wykonawcy stosowanymi karami umownymi, o których mowa w punkcie 5.4 Wzoru Kontraktu (części III *Warunki Finansowe i Handlowe*). W związku z powyższym, gdyby wykonawcy zobligowani byli do wpisania w formularzu oferty wartości zużycia sprężonego powietrza przez instalacje odpopielania kilku bloków – wywołał odwołujący – stało by to w oczywistej sprzeczności z postanowieniami Kontraktu.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że na etapie wyjaśnień dotyczących postępowania przetargowego oferenci zadali zamawiającemu co najmniej 378 pytań, jednak żadne nie wskazywało wątpliwości oferentów dotyczących tego, jak należy rozumieć instalacje, czy układ odpopielania oraz gwarancje na zużycie sprężonego powietrza przez instalację, czy układ odpopielania.

Uzupełnił, że w wyniku pytań zamawiający uzupełnił SIWZ m.in. o trzy zestawy dokumentacji:

Zestaw 1: Dokumentacja – Instalacja odprowadzania popiołu lotnego blok 1

Zestaw 2: Dokumentacja – Instalacja odprowadzania popiołu lotnego blok 2

Zestaw 3: Dokumentacja – Instalacja odprowadzania popiołu lotnego blok 3.

Powyższe, wedle odwołującego, bezspornie wskazuje, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z trzema niezależnymi instalacjami, z których każda została wykonana według osobnego projektu, co dodatkowo uniemożliwia dowolną interpretację wymagań SIWZ.

KIO 2861/15, KIO 31/16 11

Odwolujący stanął na stanowisku, że od samego początku wykonawcy składający ofertę w postępowaniu nie mogli mieć wątpliwości, że wszystkie z Gwarantowanych Parametrów Technicznych, które należało przedstawić w Formularzu Oferty dotyczą pojedynczej fazy.

Podsumował, że ocena oferty ALSTOM możliwa jest jedynie z uwzględnieniem jej pierwotnej treści bez uwzględniania zmian wprowadzonych w wyniku odpowiedzi na pytania zamawiającego, co doprowadziło do modyfikacji oferty ALSTOM, co w rozumieniu prawa cywilnego jest złożeniem drugiej oferty i prowadzi do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do naruszenia art. 96, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (modyfikacja protokołu w części opisującej parametry oferty ALSTOM poddawanej ocenie oraz zaniechanie odrzucenia oferty ALSTOM) odwołujący podniósł, że treść zmodyfikowanego protokołu ZP-PN wskazuje, że zamawiający taką niedozwoloną modyfikację istotnych elementów oferty uwzględnił – w pierwotnej bowiem treści protokołu na stronie 4 pkt 9 pkt c) *zużycie sprężonego powietrza transportowanego przez układ odpopielania* zamawiający podawał wartości wskazane przez oferentów w ofertach na dzień składania ofert (w przypadku ALSTOM była to wartość 1230 m³_{USF}/h), zmieniony zaś protokół ZP-PN uwzględniał również wartości wskazane po uzyskaniu wyjaśnień od wykonawcy ALSTOM, tj. 410 m³_{USF}/h (dla jednej instalacji) 1230 m³_{USF}/h (dla trzech instalacji).

W ocenie odwołującego przyjęcie, że Alstom w Formularzu Oferta podał zużycie sprężonego powietrza dla 3 kotłów zamiast jednego powoduje, że jego oferta jest niezgodna z SIWZ.

Podkreślił, że parametr zużycia sprężonego powietrza transportowanego przez układ odpopielania stanowi jedno z kryteriów oceny ofert, wobec czego każda zmiana oferty wykonawcy w tym zakresie po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalna.

Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający wymagał podania tego parametru oraz innych w odniesieniu do pojedynczej instalacji (kotła). ALSTOM – jak wynika z późniejszych wyjaśnień – wskazał wartość łączną dla 3 instalacji, z tego względu jego oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ i nie nadająca się do porównania

z pozostałymi.

Podsumował, że oferta ALSTOM powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy, czego Zamawiający zaniechał.

W odniesieniu do naruszenia art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 387 kc oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że stosowanie do art. 387 § 1 Kc: *Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna*.

Podniósł, że umowa dotknięta jest nieważnością, jeżeli świadczenie dłużnika przewidziane w umowie jest niemożliwe do wykonania; niemożliwość świadczenia to

KIO 2861/15, KIO 31/16 12

tw. niemożliwość obiektywna – świadczenie jest niewykonalne jeżeli nie jest w stanie spełnić go ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (tak też Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 27 maja 1992 r., I ACr 162/92, OSA 1992, Nr 12, poz. 90, a także wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2014 r. KIO 444/14).

W ocenie odwołującego w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, gdy po otwarciu ofert wykonawca ALSTOM dokonał modyfikacji zaoferowanego przez siebie parametru (zmiana z parametru 1230 m³_{USr}/h na parametr 410 m³_{USr}/h (dla jednej instalacji)), co spowodowało nie tylko wybór wykonawcy w sposób sprzeczny z przepisami ustawy, ale też w konsekwencji umowa w przedmiocie zamówienia publicznego pomiędzy stronami jest niewykonalna nie tylko dla wybranego wykonawcy, ale dla każdego, kto miałby dostarczyć określony w ofercie przedmiot umowy.

Powołał się na ocenę innych podmiotów specjalistycznych obecnych na tym samym rynku. Wartość 410 m³_{USr}/h przy spełnieniu wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ nie jest możliwa do uzyskania (ani przez wykonawcę ALSTOM, ani przez odwołującego, ani przez żadnego innego wykonawcę) z przyczyn obiektywnych wynikających ze stanu techniki.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2014 r. sygn. akt KIO 444/14, zgodnie z którym „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. Świadczenie jest niemożliwe do zrealizowania nie tylko przez przystępującego, ale także przez żadnego innego wykonawcę).

Jako dowody niewykonalności tego świadczenia odwołujący załączył do odwołanie opinie – jak ocenił – wiodących krajowych i światowych dostawców instalacji odprowadzenia popiołu, tj. opinię ENERGEN-EKO-SYSTEM Sp. z o.o., opinię BPE Sp. z o.o. oraz opinię Energomar Nord Sp. z o.o.

Za konieczne uznał uzupełnienie opinii o następujące wyjaśnienia: w przypadku pełnego obciążenia każdego z kotłów (zgodnie z SIWZ przypadek 100% WMT) oraz spalania w kotle węgla granicznych dolnych (tzn. węgla najbardziej niekorzystnych dla procesu odpylania i instalacji odpopielania, zawierających 21% popiołu oraz 1,3% zawartości siarki w węglu), maksymalne stężenie zapylenia spalin na dolocie do elektrofiltru wynosi ok. 80 g/Nm³ (spaliny wilgotne przy aktualnym tlenu), co odpowiada ok. 95 do 98 g/Nm³ (spaliny suche przy aktualnym tlenu) – takie stężenie zapylenia spalin oznacza, że w przypadku jego maksymalnego poziomu, ilość pyłu lotnego koniecznego do odprowadzenia przez układ odpopielania wynosi ok. 78 t/h.

Dodał, że gwarantowany parametr zużycia sprężonego powietrza przez układ odpopielania został podany przez wykonawców zgodnie z SIWZ dla przypadku spalania

KIO 2861/15, KIO 31/16 13

w kotle węgla gwarancyjnych (tzn. węgla mniej niekorzystnych dla procesu odpylania i instalacji odpopielania, zawierających 17% popiołu oraz 0,64% siarki) – dla tych węgla stężenie zapylenia spalin na dolocie do elektrofiltru jest proporcjonalnie mniejsze, a ilość pyłu lotnego koniecznego do odprowadzenia wynosi ok. 51 t/h.

Dodał także, że wymienione 51 t/h pyłu lotnego obejmuje ok. 31 t/h popiołu pochodzącego z paliwa, pozostałą zaś część popiołu lotnego stanowi produkt procesu odsiarczania spalin polegającego na dodawaniu sorbentów do procesu spalania w kotle.

W przypadku spalania w kotle węgla gwarancyjnych i pełnego obciążenia kotła (100% WMT), uwzględniając informacje podane przez zamawiającego w SIWZ, proste obliczenia arytmetyczne jednoznacznie potwierdzają – kontynuował odwołujący – że minimalna ilość pyłu lotnego wprowadzanego do elektrofiltru i przewidziana do transportu (a tego dotyczy gwarantowana wartość zużycia sprężonego powietrza) nie będzie mniejsza niż 51 t/h.

Odwołujący uznał, że załączone przez niego do odwołania opinie potwierdzają jednoznacznie, że przyjęta przez ALSTOM w zmodyfikowanej ofercie ilość powietrza transportowego na poziomie 410 Nm³/h może służyć do transportu maksimum ok. 13 ton/h.

I tak:

- opinia ENERGO-EKO-SYSTEM Sp. z o.o. – zużycie sprężonego powietrza na poziomie 500 Nm³/h (czyli i tak 20% większym od wartości deklarowanej przez ALSTOM) jest ok. 3 do 4 krotnie zbyt niskie dla rzeczywistych potrzeb, co oznacza wprost, że podana w trakcie wyjaśnień przez ALSTOM wartość 410 Nm³/h zużycia sprężonego powietrza jest przynajmniej 3 do 4 razy zaniżona w stosunku do wymaganej przez SIWZ ilości popiołu do transportu,
- opinia BPE Sp. z o.o. – wartość zużycia sprężonego powietrza korespondującą z wartością podaną przez ALSTOM Power Sp. z o.o. (czyli 410 Nm³/h) odpowiada technologicznej możliwości przetransportowania jedynie ok. 12 700 kg/h czyli 25% realnej ilości pyłu lotnego, który wystąpi dla przypadku gwarancyjnego (ponieważ realnie wystąpi nie mniej niż ok. 51 t/h pyłu do transportu),
- opinia Energomar Nord (technologia Möller™ Turboflow® Transport System charakteryzująca się bardzo niskim zużyciem sprężonego powietrza) – odnosi się do zużycia sprężonego powietrza o ok. 20% większego od podanego przez ALSTOM, czyli 500 Nm³/h zamiast 410 Nm³/h – odpowiada to technologicznej możliwości przetransportowania jedynie ok. 16 t/h; opinia koreluje z opinią firmy BPE i podobnie jak w przypadku opinii BPE oznacza to – stwierdził odwołujący – że podana przez ALSTOM wartość zużycia sprężonego powietrza (410 Nm³/h) daje technologiczną możliwość przetransportowania nie więcej niż 25% realnej ilości pyłu lotnego, który wystąpi dla przypadku gwarancyjnego; według opinii Energomar Nord Sp. z o.o., przetransportowanie ilości pyłu lotnego występującego w trakcie pełnej mocy kotła

KIO 2861/15, KIO 31/16 14

(100% WMT) oraz spalania w kotle węgla gwarancyjnego, wymaga zużycia powietrza nie mniejszego niż 1600 Nm³/h. Według opinii Energomar Nord Sp. z o.o. maksymalny współczynnik zagęszczenia mieszanki powietrzno-popiołowej wynosi dla pyłu lotnego charakterystycznego dla tego projektu, nie więcej niż 27,4, co oznacza że jednym kilogramem powietrza można przetransportować nie więcej niż 27,4 kg pyłu lotnego.

Odwołujący zwrócił uwagę na to, że inni czołowi światowi dostawcy systemów odpopielania, dla pyłów pochodzących z kotłów fluidalnych, podają wartości jeszcze mniejsze.

Odwołujący oświadczył, jest w posiadaniu wiążącej oferty na układy odpopielania typu NUVA FEEDER firmy United Conveyor Corporation dobranej przez nią dla popiołów za elektrofiltrami K1, K2, K3 w Elektrowni Turów (układy odpopielania tego typu są aktualnie eksploatowane na tych obiektach) – przy oferowanym przez nią współczynniku powietrza do popiołu na poziomie 22 (z uwzględnieniem SIWZ), zużycie powietrza transportowego oferowane przez United Conveyor Corporation przy obecnym stanie techniki jest ponad 4-krotnie wyższe od oferowanego przez ALSTOM zmodyfikowanego zużycia na poziomie 410 Nm³/h.

Reasumując odwołujący uznał, że wszystkie powyższe opinie potwierdzają, że wskazany przez ALSTOM w wyjaśnieniach z dnia 22 listopada 2015 r. parametr zużycia powietrza transportowego na poziomie 410 m³_{usu}/h jest rażąco zaniżony (stanowi on ok. 7 % aktualnego zużycia sprężonego powietrza na obecnie eksploatowanych w Elektrowni Turów urządzeniach oraz ok. 10 % średniej wartości gwarantowanej przez innych oferentów w przedmiotowym postępowaniu).

Odwołujący stwierdził, że wśród oferentów w przedmiotowym postępowaniu występuje wielu profesjonalnych, czołowych, krajowych i międzynarodowych dostawców elektrofiltrów, którzy wykorzystali w swoich ofertach najnowsze, światowe rozwiązania techniczne oferowane przez dostawców układów odpopielania (w większości tych samych, z których korzysta ALSTOM) – gdyby wśród tych rozwiązań były rozwiązania pozwalające na kilkukrotne obniżenie

zużycia powietrza transportowego dla elektrofiltrów K1, K2, K3 w Elektrowni Turów, zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ z pewnością oferenci by z nich skorzystali.

Podkreślił, że sam zamawiający, posiadający wieloletnie doświadczenie eksploatacyjne w zakresie instalacji odprowadzenia popiołu w Elektrowni Turów i Elektrowni Bełchatów potwierdził swoje wątpliwości w piśmie do ALSTOM z dnia 3 grudnia 2015 r. co do technicznej możliwości spełnienia podanego przez ALSTOM parametru na poziomie 410 Nm³/h wskazując, że brak możliwości spełnienia tego parametru przez wykonawcę będzie prowadzić do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe.

Odwołujący stanął na stanowisku, że uzyskanie tak niskiego zużycia powietrza transportowego byłoby możliwe tylko w przypadkach, gdyby ALSTOM omyłkowo lub świadomie:

KIO 2861/15, KIO 31/16 15

-
- przyjął przy doborze elektrofiltru (i tym samym instalacji odprowadzenia popiołu) zaniżoną wysokość zapylenia na dolocie do elektrofiltru np. poprzez przyjęcie poziomu zapylenia w odniesieniu do spalin suchych, a nie do podanych przez zamawiającego spalin wilgotnych oraz
 - przyjął do obliczeń powyższego parametru obciążenie kotła na poziomie ok. 50 do 60% WMT czyli znacznie poniżej 100% WMT (warunek gwarancyjny zawarty w SIWZ) oraz
 - przyjął do obliczeń najlepszy zdefiniowany w SIWZ węgiel (a nie węgiel gwarancyjny) oraz
 - przyjął, że do kotła nie jest dodawany żaden sorbent w procesie odsiarczania (co stoi w sprzeczności z całym projektem modernizacji bloków nr 1, 2 i 3 w Elektrowni Turów).

Podniósł, że wówczas nie tylko układ odpopielania, ale również cały elektrofiltr byłby dobrany do wielkości niezgodnych z wymaganiami SIWZ i jako taki nie odpowiadałby potrzebom zamawiającego określonym w SIWZ.

Na zakończenie wskazał, że zamawiający, dokonując wyboru wykonawcy ALSTOM oferującego przedmiot zamówienia o parametrach niewykonalnych, niemożliwych do spełnienia, naraża się nie tylko na brak świadczenia umownego, ale przede wszystkim na wystąpienie bezwzględnej nieważności zawartej w wyniku przetargu umowy: *Umowa taka nie wywołuje żadnych przewidzianych w niej skutków prawnych niezależnie od tego, czy którakolwiek ze stron o niemożliwości świadczenia (własnego lub drugiej strony) wiedziała. Nieważność umowy eliminuje zatem także możliwość dochodzenia kar umownych, przewidzianych w umowie, a także innych roszczeń, o których umowa stanowiła* (za wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 stycznia 2005 r., I ACA 1313/04, OSA 2005, Nr 1, poz. 4) – tym samym zachodzi konieczność odrzucenia oferty ALSTOM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 jako nieważnej na podstawie przepisów odrębnych.

W odniesieniu do naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odwołujący podał, że zamawiający – w dniu 3 grudnia 2015 r., pismem PMR-ELT/7913//2015 – zwrócił się po raz kolejny do wykonawcy ALSTOM z prośbą o dodatkowe wyjaśnienia i wskazywał na to, że powziął wątpliwości co do technicznej możliwości spełnienia parametrów zużycia powietrza transportowego przez układy odpopielania każdego z bloków, a także, że w dniu 21 grudnia 2015 r. zamawiający poinformował odwołującego, że nie udostępni mu wyjaśnień ALSTOM, ponieważ zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że jednocześnie zamawiający nie wskazał, że ALSTOM spełnił wymogi w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym m.in. czy dostatecznie

KIO 2861/15, KIO 31/16 16

uzasadnił, że informacje te stanowią dane techniczne, technologiczne i ALSTOM dopełnił wszelkich starań ku temu, by ich nie upowszechniać.

Oświadczył, że w dniu 21 grudnia 2015 r. działający w imieniu odwołującego Grzegorz Skrzypczyk otrzymał od zamawiającego (Małgorzata Baran) drogą elektroniczną wiadomość: „Informuję, że odpowiedź ALSTOM na pismo Zamawiającego z dnia 3.12.2015 r. została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie jest dołączona do niniejszej wiadomości”.

Odwołujący uznał, że taka postawa zamawiającego jest sprzeczna z zasadą jawności

postępowania określoną w art. 8 ustawy Pzp – naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem.

Podniósł, że zamawiający jest zobowiązany do badania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią tajemnicę w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2010 r. KIO/UZP 6/10).

Wobec treści wiadomości od zamawiającego odwołujący podniósł, że ALSTOM nie dopełnił wymogów wynikających z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, które to wymogi spełniać musi nie tylko zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie, ale również informacji zawartych w wyjaśnieniach – przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp określa wyraźny termin, do upływu którego wykonawca ma możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i jest to termin składania ofert lub, dla dokumentów stanowiących o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, termin składania wniosków. Wskazał, że tak określony termin całkowicie pomija instytucję uzupełniania ofert, czy wniosków (art. 26 ust. 3), jednak podobnie należałoby postąpić w przypadku zastosowania instytucji wyjaśniania, niezależnie od tego, czy opartej na art. 26 ust. 4, czy na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że udzielone przez wykonawcę informacje mogą być przez niego zakwalifikowane jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa i odpowiednio zastrzeżone, jednak dla skuteczności zastrzeżenia udzielonych wyjaśnień za wystarczające należy uznać zastrzeżenie tej części oferty lub wniosku, której wyjaśnienia dotyczą. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Jerzy Pieróg, C.H.Beck 2015).

Na tej podstawie odwołujący stwierdził, że wykonawca zastrzegający wyjaśnienia jest zobowiązany do uzasadnienia takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania, a co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 sierpnia 2014 r. KIO 1529/14).

KIO 2861/15, KIO 31/16 17

Odwołujący oświadczył, że prosił o udostępnienie *protokołu wraz z korespondencjami wyjaśniającymi poszczególnych oferentów*, jednak uzasadnienie nie zostało odwołującemu przesłane, wobec czego istnieją podstawy, aby sądzić, że ALSTOM nie uzasadnił zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W przeciwnym razie, jeśli wymogi zostały spełnione pozostaje pytanie – uznał odwołujący – dlaczego zamawiający nie udostępnił mu uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dodał, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może podlegać utajnieniu z uwagi na zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także że w niniejszym postępowaniu zamawiający jedynie poinformował w e-mailu z dnia 21 grudnia 2015 r., że wykonawca zastrzegł wyjaśnienia z dnia 22 listopada 2015 r. oraz wyjaśnienia w wyniku wezwania z dnia 3 grudnia 2015 r. jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednocześnie nie udostępniając uzasadnienia takiego zastrzeżenia, mimo iż z prośby odwołującego (e-mail z 17.12.2015 r.) wynikało wprost takie żądanie.

Sygn. akt KIO 31/16

W tym samym postępowaniu, ten sam wykonawca, pismem z dnia 8 stycznia 2016 r., złożył drugie odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ALSTOM, mimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób niemożliwy do jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie w ofercie innych niż wymagane przez zamawiającego parametrów dotyczących stężenia zapylenia spalin na wlocie elektrofiltru co skutkuje iż rozwiązanie oferowane przez ALSTOM nie odpowiada treści SIWZ, a wartości wynikowe podane przez ALSTOM bazujące na odmiennych niż wskazane w SIWZ parametrach nie odpowiadają wartościom, które byłyby ustalone i możliwe do osiągnięcia gdyby przyjęto do ich ustalenia parametry wskazane w SIWZ – co dotyczy nie tylko braku możliwości osiągnięcia wielkości podanych jako zużycie powietrza transportowego, ale również braku możliwości dotrzymania gwarancji absolutnych dotyczących stężenia pyłu w spalinach wylotowych z elektrofiltru a tym

samym braku możliwości spełnienia celu modernizacji zdefiniowanego w SIWZ jako „przystosowanie *elektrofiltru wraz z instalacją odprowadzenia popiołu lotnego do niskich emisji pyłu poniżej 10 mg/m³ _{USR} dla całego zakresu węgla eksploatacyjnego*”.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty ALSTOM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dokonania ponownej oceny oferty i ustalenia ocen w poszczególnych kryteriach oceny ofert.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, która w świetle przyjętych przez zamawiającego w SIWZ

KIO 2861/15, KIO 31/16 18

kryteriów oceny ofert winna doprowadzić do uzyskania przez niego zamówienia, jednak prowadzenie przez zamawiającego niedozwolonych negocjacji z wykonawcą ALSTOM, a w konsekwencji niedozwolona zmiana przez ALSTOM pierwotnej treści złożonej oferty może doprowadzić do utraty szansy uzyskania zamówienia przez odwołującego i jednocześnie nieważności umowy zamawiającego z ALSTOM jako umowy o świadczenie niemożliwe.

Zdaniem odwołującego odrzucenie oferty ALSTOM spowoduje, że zastosowanie przewidzianych w SIWZ zasad przyznawania punktów poszczególnych kryteriach oceny ofert doprowadzi do uznania za najkorzystniejszą oferty odwołującego nie zaś ALSTOM, a także nie oferty Rafako, która obecnie została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Wyjaśnił, że zmiana „punktu odniesienia” do porównywania ofert, która nastąpi przy odrzuceniu oferty ALSTOM sprawi, że różnice pomiędzy ofertą odwołującego a Rafako w kryteriach poza cenowych zmniejszą się do tego stopnia, że niższa cena w ofercie odwołującego sprawi, iż to jego oferta będzie zawierać najlepszy bilans kryteriów.

Podał, że ocena ofert z uwzględnieniem parametru 1230 m³_{USR} /h dla pojedynczego kotła sprawia, że ocena ofert, nawet bez odrzucenia oferty ALSTOM, sprawia, że najkorzystniejsza jest oferta odwołującego. Dodał, że tym bardziej odrzucenie oferty ALSTOM powoduje, że oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza, gdyż to odwołujący zaproponował kluczowy dla ustalenia kolejności parametr zużycia sprężonego powietrza na najniższym poziomie.

Wykazując zachowanie terminu na wniesienie odwołania odwołujący podał, że w dniu 21 grudnia 2015 r. uzyskał dostęp do protokołu postępowania bez udostępnienia treści wyjaśnień wykonawcy ALSTOM składanych na wezwanie zamawiającego z uzasadnieniem, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa ALSTOM.

Wyjaśnił, że w dniu 31 grudnia 2015 r. wniósł odwołanie wobec nieudostępnienia tych informacji i w tym samym dniu zamawiający przekazał mu drogą mailową (mail z dnia 31 grudnia 2015 r. godz. 12.24 od M.B. – osoby działającej w imieniu PGE GIEK SA do M.M. i G.S. – przedstawicieli odwołującego) część wyjaśnień ALSTOM z dnia 11 grudnia 2015 r. nie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponieważ odwołanie z dnia 8 stycznia 2016 r. dotyczy informacji zawartych w tej części wyjaśnień (uzyskanych w dniu 31 grudnia 2015 r.) to termin 10 dniowy na wniesienie odwołania upływa 11 stycznia 2016 r. (z uwzględnieniem faktu, iż ostatni dzień terminu 10-dniowego to niedziela).

Odwolujący podał, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, przed złożeniem ofert, kierowali do zamawiającego wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, w wyniku których zamawiający skonkretyzował informacje dotyczące parametrów, które winien uwzględniać wykonawca składający ofertę:

KIO 2861/15, KIO 31/16 19

1. w odpowiedzi na pytanie nr 23 zamawiający wskazał, że wartość stężenia zapylenia spalin na wlocie do elektrofiltru będzie wynosić 80g/Nm³ oraz, że wartość ta dotyczy spalin wilgotnych,
2. w odpowiedzi na pytanie nr 259, z którego treści wynikało, że wykonawca prosi o potwierdzenie, iż stężenie zapylenia dla spalin jest odniesione do zawartości tlenu 6%, zamawiający wskazał, że natężenie przepływu gazów spalinowych zostało określone dla zawartości tlenu 5,4%,

Odwolujący podał także, że fakt przyjęcia tych parametrów nie wynikał z oferty ALSTOM i zamawiający, w dniu 3 grudnia 2015 r., zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie, czy określając

zużycie uwzględnił wszystkie wymagania i parametry określone w SIWZ w tym, że stężenie zapylenia na wlocie do elektrofiltru może osiągnąć wartość do 80 g/Nm^3 , na co uzyskał odpowiedź z dnia 11 grudnia 2015 r. (udostępnioną odwołującemu 31 grudnia 2015 r. wskutek uprzedniego odwołania) – punkt 1 tiret ostatnie, str. 2 odpowiedzi – że „stężenie zapylenia na wlocie do elektrofiltru może osiągnąć wartość do 80 g/Nm^3 gazu suchego przy 6% zawartości O_2 i co najmniej taką samą wydajność będzie posiadał oferowany system transportu popiołu”.

Odwołujący podniósł, że przyjęty i potwierdzony przez ALSTOM parametr zapylenia spalin przed elektrofiltrem jest odmienny od wskazywanego w SIWZ i znacząco zaniżony ponieważ odnosi się do spalin suchych, a nie wilgotnych (niezgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 23) i przyjmuje, iż wartość ta zostanie osiągnięta przy 6% zawartości tlenu (niezgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 259).

Zwrócił uwagę, że ALSTOM przyjmując stężenie zapylenia przed elektrofiltrem na poziomie 80 g/Nm^3 odniesione do spalin suchych i odniesione do 6% poziomu tlenu, faktycznie przyjął stężenie zapylenia spalin do elektrofiltru o 20% niższe od poziomu wymaganego w SIWZ przez Zamawiającego (czyli 80 g/Nm^3 odniesionych do spalin wilgotnych i aktualnej zawartości tlenu).

Odwołujący wyjaśnił, że spaliny wilgotne to spaliny z normalną zawartością wilgoci oraz, że w warunkach zamawiającego to nieco ponad 20% zawartości wilgoci w spalinach i na tej postawie stwierdził, że objętość spalin suchych jest mniejsza od objętości spalin wilgotnych o objętość wilgoci nieco ponad 20%.

Wskazał, że ilość pyłu wprowadzana do elektrofiltru w jednostce czasu wynika z procesów zachodzących w kotle (w tym zdefiniowanej w SIWZ ilości spalnego paliwa, procesu odsiarczania itp.) – w przypadku zamawiającego jest to ok $78\,400 \text{ kg/h}$ – ilość pyłu w ciągu godziny może być maksymalnie wprowadzana do elektrofiltru oraz układu odpopielania.

Odnosząc $78\,400 \text{ kg/h}$ do strumienia spalin wilgotnych wnoszącego $980\,000 \text{ Nm}^3/\text{h}$, wywodził odwołujący, osiąga się zapylenie 80 g/Nm^3 (spaliny wilgotne aktualny tlen), zaś odnosząc te same $78\,400 \text{ kg/h}$ do strumienia spalin suchych wynoszącego ok. $784\,000 \text{ Nm}^3/\text{h}$

KIO 2861/15, KIO 31/16 20

(czyli $980\,000 \text{ nm}^3/\text{h}$ spalin wilgotnych pomniejszoną o objętość H_2O) mielibyśmy stężenie zapylenia 100 g/Nm^3).

Odwołujący podniósł, że ALSTOM przyjął jednak nie 100 g/Nm^3 ale 80 g/Nm^3 (spaliny suche), co oznacza że przyjął wartość o 20% mniejszą od wymaganą SIWZ a tym samym przyjął również stosownie mniejszy strumień pyłu (nie $78\,400 \text{ kg/h}$ a ok $62\,700 \text{ kg/h}$).

Podsumował, że oferta wykonawcy ALSTOM jest tym samym niezgodna z SIWZ. Uznał, że nie jest to niezgodność omyłkowa, ponieważ potwierdzono ją w odpowiedzi na pytanie zamawiającego.

Dodał, że kwestionowany parametr stanowi jeden z podstawowych kryteriów doboru wielkości elektrofiltru oraz systemu transportu i odbioru popiołu – jeżeli wykonawca ALSTOM przyjął go na poziomie niższym niż to podaje SIWZ to jego oferta zarówno w zakresie oferowanego elektrofiltru jak i systemu transportu popiołu jest niezgodna z SIWZ oraz nieporównywalna z innymi ofertami, wobec czego musi zostać odrzucona.

Dodał także, że ujawnione dane wskazują także, że nie jest osiągnięty podawany przez odwołującego parametr zużycia powietrza transportowego na poziomie $410 \text{ Nm}^3/\text{h}$ dla pojedynczego kotła gdyż wielkość ta podana jest wskutek przyjęcia dla jej ustalenia wartości innych niż żądano w SIWZ.

Powtórzył, za tezę przedstawianą w odwołaniu z dnia 31 grudnia 2015 r. (formułowaną – wyjaśnił odwołujący – jeszcze bez wiedzy o ujawnionych parametrach przyjętych przez ALSTOM do ustalenia poziomu zużycia powietrza transportowego), iż osiągnięcie oferowanego poziomu zużycia okazuje się możliwe tylko w przypadkach, gdy przyjęto przy doborze elektrofiltru (i tym samym instalacji odprowadzenia popiołu) zaniżoną wysokość zapylenia na wlocie do elektrofiltru np. poprzez przyjęcie poziomu zapylenia w odniesieniu do spalin suchych, a nie do jednoznacznie podanych przez zamawiającego spalin wilgotnych (wraz z innymi założeniami).

Na zakończenie ocenił, że obecnie wyjaśnienia ALSTOM potwierdzają, że założenie dotyczące zapylenia spalin na wlocie do elektrofiltru było przyjęte niezgodnie z SIWZ, wobec czego zamawiający nie mógł przyjąć, że spełniony zostanie parametr koniecznego zużycia powietrza transportowego, ponieważ jest on wprost zależny od błędnie przyjętego zapylenia na wlocie do elektrofiltru.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 15 stycznia 2016 r., *Odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2861/15 (pismo zamawiającego z dnia 13 stycznia 2016 r.), Uzasadnienia do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2861/15 (pismo przystępującego*

KIO 2861/15, KIO 31/16 21

z dnia 19 stycznia 2016 r.), *Odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 31/16 (pismo zamawiającego z dnia 19 stycznia 2016 r.), Uzasadnienia do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 31/16 (pismo przystępującego z dnia 19 stycznia 2016 r.), a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.*

Sygn. akt KIO 2861/15

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione wezwanie (kilkukrotne) wykonawcy ALSTOM do złożenia wyjaśnień w zakresie punktu 2 tiret 2 Formularza oferty dotyczącego zużycia sprężonego powietrza transportowanego przez układ odpopielania, co w konsekwencji stanowiło niedozwolone negocjacje z wykonawcą w zakresie treści złożonej przez niego oferty i doprowadziło do dokonania przez ALSTOM niedozwolonej zmiany treści oferty po dokonaniu przez zamawiającego otwarcia ofert i po upublicznieniu danych odnośnie cen oferowanych przez konkurencyjnych wykonawców ustawy Pzp częściowo się potwierdził.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Części 1 SIWZ – *Instrukcja dla Wykonawców i Wymagania Formalno-Prawne* zamawiający wskazał, że kompletna oferta musi zawierać *Formularz Oferta*, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do Części 1 SIWZ oraz szereg dokumentów, z których żaden nie był dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (pkt. 13.4.1.).

Opracowany przez zamawiającego wzór *Formularz Oferta* przewidywał, że każdy wykonawca poda: „zużycie *sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym*” (w m³_{USF}/h).

Podana przez wykonawcę w *Formularzu Oferta* wartość miała zostać przeniesiona do Kontraktu – zgodnie z Częścią 3 – *Kontrakt wraz z załącznikami III Warunki Finansowe i handlowe*: „wartość ta zostanie przepisana z *Formularza „Oferta”*” (pkt 4.2.4.).

Sformułowanie „układ odpopielania” zostało użyte przez zamawiającego także w ustanowionym kryterium oceny ofert o znaczeniu 4% – tj. kryterium: „zużycie *sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania*”, w ramach którego niezbędnym dla przyznania punktów było zestawienie wartości „zużycia *sprężonego powietrza transportowego*

KIO 2861/15, KIO 31/16 22

przez układ odpopielania” podanej przez danego wykonawcy z najniższą wartością „zużycia *sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania*” spośród złożonych ofert.

Nadto w Części 2 SIWZ *Wymagania Techniczne* w pkt. 4.2.2. *Gwarantowane parametry techniczne*, zamawiający wskazał te parametry, których dotrzymanie gwarantuje wykonawca, czyniąc jednym z nich „Zużycie *sprężonego powietrza przez układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym*” (pkt 4.2.2.4.) i wskazując w pkt. 45.1. Wzoru Kontraktu sposób sprawdzenia dotrzymania tych parametrów.

Zamawiający wskazał (pkt 45.1. *Pomiary Gwarancyjne w zakresie Gwarantowanych Parametrów Technicznych i Gwarancji Absolutnych*), że „Pomiary Gwarancyjne będą przeprowadzane odrębnie w odniesieniu do każdej Fazy Zadania”, każda zaś z Faz (pkt 1.1.35. Część 3) dotyczy jednego bloku.

Przystępujący zadeklarował w *Formularzu Oferta*, w przypadku „zużycia sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania” (przy obciążeniu 100% na węglu gwarancyjnym) wartość 1 230 m³_{USF}/h.

Pozostali wykonawcy wskazali następujące wartości (narastająco): 1720, 4100, 5500, 18 000. Jeden z wykonawców podał dwie wartości: 2 500 oraz 7 500 (odpowiednio dla jednej instalacji – bloku oraz dla trzech instalacji – trzech bloków).

Pismem z dnia 28 października 2015 r. zamawiający, z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do pięciu wykonawców (wszystkich z wyjątkiem wykonawcy, który wskazał dwie wartości) o udzielenie odpowiedzi, czy wskazana przez poszczególnych wykonawców wartość „odnosi się do układu odpopielania jednego bloku, czy układów odpopielania trzech bloków”.

Przystępujący, pismem z dnia 4 listopada 2015 r., udzielił odpowiedzi, że wskazana przez niego wartość „odnosi się do układów odpopielania trzech bloków”.

Zamawiający, pismem z dnia 18 listopada 2015 r., zwrócił się do przystępującego – ponownie z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – o wyjaśnienie, „czy zużycie sprężonego powietrza transportowego przez jeden układ odpopielania przy obciążeniu 100 WMT na węglu gwarancyjnym będzie wynosić 410 m³_{USF}/h, czy 1 230 m³_{USF}/h”.

Stawiając to pytanie zamawiający stwierdził, że odpowiedź udzielona przez przystępującego (pismo z dnia 4 listopada 2015 r.) „nadal nie pozwala Zamawiającemu jednoznacznie ustalić, czy podana wartość jest wartością dla jednego układu czy łączną dla wszystkich trzech”. Nadto zamawiający zaprezentował stanowisko, że „zapis zawarty w SIWZ – Formularzu ofert pkt 2 tiret 2 w brzmieniu „(…)” okazał się nieprecyzyjny, w wyniku

KIO 2861/15, KIO 31/16 23

czego Wykonawcy podawali w tym punkcie oferty wartości dla jednego układu odpopielania lub łączną wartość dla wszystkich trzech układów”.

Przystępujący, pismem z dnia 22 listopada 2015 r., odpowiedział: „(...) informujemy, że zużycie sprężonego powietrza transportowego przez jeden układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym będzie wynosić 410 m³_{USF}/h”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że brzmienie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie wielokrotnemu wzywaniu wykonawcy do składania wyjaśnień, a o ilości wezwań decyduje każdorazowo istnienie po stronie zamawiającego wątpliwości co do treści oferty wykonawcy.

Każdorazowo jednak zakazane jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany treści oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie doszło w istocie do zmiany treści oferty przystępującego w zakresie wartości „zużycie sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania” (zmiana wartości 1230 na 410), pomimo iż technicznie żadnych do zmian w treści złożonego przez przystępującego *Formularza Oferta* nie doszło.

Bez wątpienia podanie przez każdego z wykonawców w *Formularzu Oferta* wartości „zużycia sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania” było w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niezbędne co najmniej z dwóch powodów.

Po pierwsze, ze względu na ustanowienie tego parametru jednym z kryteriów oceny ofert.

Po drugie, ze względu na wzór Kontraktu, zgodnie z którym był to jeden z parametrów gwarantowanych, podlegających weryfikacji, którego wartość musi być przepisana z *Formularza Oferta*.

Wskazać należy, że zgodnie ze sporządzonym wzorem *Formularza Oferta* zamawiający oczekiwał, że każdy wykonawca w pkt. 2 tiret 2 poda: „zużycie sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania” – jeden układ (liczba pojedyncza).

Wobec niezbędności odnalezienia w treści oferty każdego wykonawcy, w celu jej oceny

zgodnie z przyjętymi kryteriami, żadanego parametru rozstrzygnięcia wymaga, czy użyty przez zamawiającego „układ odpopielania” należy odnieść do jednego, czy też do trzech, będących

KIO 2861/15, KIO 31/16 24

przedmiotem modernizacji bloków, a zatem czy chodzi o układ odpopielania bloku czy układ odpopielania bloków.

Postanowienie SIWZ, tj. pkt 2 tiret 2 *Formularza Oferta* należało poddać wykładni językowej.

W ocenie składu orzekającego Izby uznanie, że chodzi o jeden układ odpopielania odnoszący się do trzech bloków (a w konsekwencji, że chodzi o podanie parametru zużycia sprężonego powietrza transportowego łącznie dla 3 bloków) możliwe byłoby jedynie wówczas, gdyby trzy bloki miały wspólny układ odpopielania.

Jednak w toku rozprawy ani zamawiający, ani przystępujący nawet nie twierdzili, że bloki posiadają wspólny, a więc jeden układ odpopielania, a jedynie, że w pkt. 1.6.2. Części 2 SIWZ „zamieszczono wspólny rysunek trzech instalacji”.

Co więcej, konsekwentnie zamawiający, a w ślad za nim przystępujący w prowadzonej korespondencji (28.10.2015 r., 04.11.2015 r., 18.11.2015 r.) dokonywali rozróżnienia na „układ odpopielania jednego bloku” oraz „układy odpopielania trzech bloków”.

Zastosowana wykładnia językowa (układ odpopielania – liczba pojedyncza) znajduje swoje potwierdzenie w postanowieniach SIWZ, które odnosiły się do sposobu weryfikacji parametru gwarantowanego i sposobu rozumienia poszczególnych Faz przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem zamawiający wskazał (pkt 45.1. *Pomiary Gwarancyjne w zakresie Parametrów* i „Pomiary Gwarantowanych Technicznych Gwarancji Absolutnych), że *Gwarancyjne będą przeprowadzane odrębnie w odniesieniu do każdej Fazy Zadania*”, to oznacza to – uwzględniając, że każda z przewidzianych do realizacji w poszczególnych latach Faz dotyczy jednego z trzech modernizowanych bloków – że parametr „Zużycie sprężonego powietrza przez układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym” należy odnieść do układu jednego bloku.

Skład orzekający Izby uznał na podstawie powyższego, że obowiązkiem wykonawców było podanie (w pkt. 2 tiret 2 *Formularza Oferta*) wartości „zużycia sprężonego powietrza przez układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym” dla jednego bloku.

Przystępujący wyjaśnił, że podał wartość $1230 \text{ m}^3_{\text{usr}}/\text{h}$ dla 3 bloków, co jest niezgodne z treścią SIWZ, obligującą wykonawców do podania wartości „zużycia sprężonego powietrza przez układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym” dla 1 bloku (pkt 2 tiret 2 wzoru *Formularz Oferta*).

Dopuszczalność dokonania poprawy tej niezgodności winna zostać rozważona z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

KIO 2861/15, KIO 31/16 25

W ocenie składu orzekającego Izby poprawa oferty przystępującego z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie jest dopuszczalna, ponieważ zamawiający nie dysponuje, pochodzącymi z innej części oferty przystępującego (niż pkt 2 tiret 2 *Formularza Oferta*) informacjami, które choćby pośrednio potwierdzały, że $410 \text{ m}^3_{\text{usr}}/\text{h}$ to wartość, która dotyczy jednego bloku. Wartość $410 \text{ m}^3_{\text{usr}}/\text{h}$ to zatem nowa informacja, podana przez przystępującego już po terminie składania ofert, nie znajdująca potwierdzenia w innej części oferty przystępującego, mająca istotne znaczenie dla zachowania w przedmiotowym postępowaniu zasad równości i uczciwej konkurencji, a to ze względu na ustanowienie parametru „zużycie sprężonego powietrza przez układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym” jednym z kryteriów oceny ofert.

Skład orzekający Izby podziela pogląd, zgodnie z którym „Zamawiający nie może interpretować wymagań SIWZ na etapie oceny ofert w dostosowaniu m.in. do treści złożonych ofert przez innych wykonawców” (za wyrokiem z dnia 9 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 597/14).

W ocenie składu orzekającego Izby przyjmowanie nieprecyzjności postanowień SIWZ

na tej podstawie, że jeden z wykonawców podał dwie wartości (odnoszącą się zarówno do jednego bloku oraz odnoszącą się do trzech bloków) jest nieuzasadnione i winno być odczytywane jedynie jako wybrany przez wykonawcę sposób prezentowania treści oferty. Zamawiający nie wyjaśnił nawet powodów wskazania przez tego wykonawcę dwóch wartości przyjmując a priori, że wykonawca miał wątpliwości co do podania wartości odnoszącej się do układu odpowielania jednego bloku, czy wartości łącznej układów odpowielania trzech bloków.

Podnieść także należy, że zestawienie zadeklarowanych przez wykonawców wartości „zużycia sprężonego powietrza przez układ odpowielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym” (od 1230, 1720, 2500, 4100, 5500 i 18000) nasuwa raczej wniosek, iż jedyną wartością znacząco odbiegającą od pozostałych – a tym samym być może omyłkowo podaną – jest wartość 18 000, nie zaś wartość 1230.

W ocenie składu orzekającego Izby w wyniku kierowanych do przystępującego wezwań doszło do przyjęcia przez zamawiającego zmiany treści oferty przystępującego (de facto zmiany) w ten sposób, że wartość 1230 została zastąpiona wartością 410, co znalazło odzwierciedlenie w protokole postępowania.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający oraz przystępujący nie odnieśli się w swoich stanowiskach do jednoznacznego postanowienia Części 3 SIWZ – *Kontrakt wraz z załącznikami III Warunki Finansowe i handlowe* (pkt 4.2.4.), zgodnie z którym: „wartość ta zostanie przepisana z Formularza „Oferta”.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut potwierdził się z wyjątkiem kilkukrotnego wzywiania przystępującego do składnia wyjaśnień.

KIO 2861/15, KIO 31/16 26

Zarzut naruszenia art. 96 ustawy Pzp, co doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez zmianę w protokole postępowania treści odnoszących się do brzmienia oferty wykonawcy ALSTOM wbrew treści tej oferty potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający nadał pkt 9 *Zestawienie ofert* ppkt 2 lit. c) *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* (Druk ZP-PN) treść: „„zużycie sprężonego powietrza transportowego przez układ odpowielania: 1230 m³/h”.

Protokół z ww. treścią został przez zamawiającego udostępniony odwołującemu w dniu 20 października 2015 r. (korespondencja e-mail pomiędzy M.B. a G.S. godz. 09:56).

Po uzyskaniu przez zamawiającego od przystępującego odpowiedzi na wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty z dnia 28 października 2015 r. i 18 listopada 2015 r. (na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) zamawiający nadał pkt 9 *Zestawienie ofert* ppkt 2 lit. c) *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* (Druk ZP-PN) treść: „zużycie sprężonego powietrza transportowego przez układ odpowielania: 410 m³/h (dla jednej instalacji), 1230 m³/h (dla trzech instalacji)”.

Protokół z ww. treścią został przez zamawiającego udostępniony odwołującemu w dniu 21 grudnia 2015 r. (korespondencja e-mail pomiędzy M.B. a G.S. godz. 08:44).

Zamawiający nie dokonał żadnej poprawy treści oferty przystępującego na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W legendzie odnoszącej się do sposobu prowadzenia *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* (Druk ZP-PN) w zakresie pkt 9 zamawiający został poinstruowany w następujący sposób : „podać nazwę (firmę) albo imię i nazwisko wykonawcy, znak identyfikacyjny w przypadku zastosowania aukcji elektronicznej – jeżeli dotyczy, adres siedziby lub miejsca zamieszkania, cenę i inne elementy oferty podlegające ocenie przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert – w przypadku, gdy przedstawienie kryteriów oceny ofert wiązałoby się z koniecznością przeniesienia do protokołu znacznej części oferty lub z trudnościami technicznymi, można określić to kryterium oceny ofert poprzez podanie jedynie jego nazwy”.

Powyższa instrukcja wprost wskazuje na obowiązek „przeniesienia” do protokołu elementów oferty podlegających ocenie, a odstępstwo dotyczy jedynie przypadku konieczności

przeniesienia znacznej części oferty (nadmierna obszerność) lub wystąpienia trudności technicznych – żadna z wskazanych sytuacji nie wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu.

Realizację obowiązku „przeniesienia” wiązać należy z koniecznością odnalezienia wprost w treści oferty, podlegającego ocenie w danym postępowaniu kryterium. Przeniesienia to mogłoby nastąpić także po dokonaniu przez zamawiającego dopuszczalnej przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprawy treści oferty.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie poprawił w treści oferty żadnej omyłki, stąd wartością przeniesioną do *Protokołu* może być wyłącznie wartość $1230\text{ m}_{3\text{USR}}/\text{h}$, jako wartość odnosząca się do jednego układu odpopielania.

Jest to w pełni uzasadnione, ponieważ odstąpienie od obowiązku „przeniesienia” – w tym przypadku wartości „zużycia sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania”, tj. kryterium wpływającego na wybór oferty najkorzystniejszej narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Dostrzeżenia również wymaga, że zmiana treści oferty winna mieć swoje odzwierciedlenie w pkt 10 pkt 2 *Protokołu postępowania*.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu nadanie pkt 9 *Zestawienie ofert* ppkt 2 lit. c) *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* (Druk ZP-PN) treści: „zużycie sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania: $1230\text{ m}_{3\text{USR}}/\text{h}$ ”, aby odzwierciedlał on ten istotny element oferty przystępującego.

Zarzut naruszenia art. 14 w zw. z art. 387 ustawy kodeks cywilny oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie wyjaśnień ALSTOM jako zgodnych z rzeczywistością i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w sytuacji, gdy zaoferowane przez tego wykonawcę parametry zużycia sprężonego powietrza są obiektywnie niemożliwe do zrealizowania, co w konsekwencji spowoduje zawarcie z tym wykonawcą umowy o świadczenie niemożliwe i nieważność takiej umowy, a więc nieważność oferty, oferującej zawarcie nieważnej umowy, nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Oznacza to, że odwołujący, twierdząc, że obiektywnie niemożliwym jest zrealizowanie przedmiotowego zamówienia z dotrzymaniem parametru zużycia sprężonego powietrza wynoszącym $410\text{ m}_{3\text{USR}}/\text{h}$ winien to udowodnić.

W ocenie składu orzekającego Izby obowiązkowi temu odwołujący, poprzez załączenie opinii trzech wykonawców z branży energetycznej nie podołał.

Opnie te skład orzekający Izby uznał za stanowisko samego odwołującego, które wymagało udowodnienia.

Skład orzekający Izby pominął złożone przez odwołującego na rozprawie wydruki ze stron internetowych, ponieważ – wbrew obowiązkowi wynikającemu z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280) – nie zostały przetłumaczone z języka angielskiego na język polski. Złożone wydruki zostały opatrzone jedynie komentarzem własnym odwołującego w języku polskim odnoszącym się do trzech wyrwanych z tekstu w języku angielskim zwrotów (Fly Ash, a top discharge arrangement, Fluidized Bed Ash).

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez nieodtajnienie wyjaśnień wykonawcy ALSTOM z dnia 22 listopada 2015 r. oraz wyjaśnień stanowiących odpowiedź na wezwanie wystosowane przez zamawiającego w dniu 3 grudnia 2015 r. w sytuacji, gdy wykonawca nie uzasadnił przyczyn takiego utajnienia bądź art. 96 ustawy, gdyby okazało się, że wbrew przepisom ustawy uzasadnienie wskazujące

na przyczyny takiego utajnienia nie zostało podane przez zamawiającego do wiadomości odwołującego pomimo wniosku o udostępnienie protokołu postępowania częściowo się potwierdził.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Wyjaśnienia z dnia 22 listopada 2015 r. zostały złożone przez przystępującego jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 18 listopada 2015 r. i składało się nań jedno zdanie. Wyjaśnienie te nie zostały przez przystępującego zastrzeżone jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

Wyjaśnienia te zostały odwołującemu udostępnione przez zamawiającego (via e-mail) w dniu 21 grudnia 2015 r. – wśród wskazanych przez zamawiającego załączników do protokołu znajdują się „wyjaśnienia II oferty Alstom”, które zidentyfikować należy jako składane przez przystępującego wyjaśnienia z dnia 22 listopada 2015 r. (po pierwszych wyjaśnieniach składanych przez przystępującego z dnia 4 listopada 2015 r.).

Jak trafnie podnosił także zamawiający w *Odpowiedzi na odwołanie* (str. 14, akapit 2 dotyczący pkt. 4), fakt udostępnienia odwołującemu wyjaśnień przystępującego z dnia 22 listopada 2015 r. wynika także z treści odwołania, w którym odwołujący stwierdził:

KIO 2861/15, KIO 31/16 29

„W odpowiedzi, w swoim piśmie z dnia 22.11.2015 r. ALSTOM jednym zdaniem potwierdził dokładnie tę wartość”.

Wyjaśnienia z dnia 11 grudnia 2015 r. zostały złożone przez przystępującego jako odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 3 grudnia 2015 r. i składały się nań 4 strony oraz sześciostronicowy załącznik (folder) w języku angielskim.

Wyjaśnienie te zostały przez przystępującego zastrzeżone jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, w odniesieniu do których przystępujący przedstawił (str. 1) kilkudzaniowe uzasadnienie.

W następstwie skierowania przez zamawiającego, pismem z dnia 23 grudnia 2015 r., wniosku o odtajnienie informacji zawartych w piśmie z dnia 11 grudnia 2015 r., przystępujący, w piśmie z dnia 28 grudnia 2015 r., wyraził zgodę na odtajnienie części swojego pisma z 11 grudnia 2015 r., tj. stron 1 i 2 oraz załącznika w całości.

Dodatkowo przystępujący, w piśmie z dnia 28 grudnia 2015 r., rozszerzył argumentację za utajnieniem pisma z dnia 11 grudnia 2015 r.

Zamawiający, w dniu 31 grudnia 2015 r., udostępnił odwołującemu (via e-mail) stronę 1 i 2 pisma przystępującego z dnia 11 grudnia 2015 r. oraz załącznik w języku angielskim.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W konsekwencji ustalenia, że wyjaśnienia przystępującego z dnia 22 listopada 2015 r. zostały odwołującemu udostępnione elektronicznie w dniu 21 grudnia 2015 r. skład orzekający Izby uznał, że zarzut w zakresie dotyczącym tych wyjaśnień nie potwierdził się.

Na podstawie brzmienia zdania pierwszego art. 8 ust. 3 ustawy 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 udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”, stwierdzić należy, że dla zachowania informacji w poufności nie jest wystarczającym ich zastrzeżenie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale koniecznym jest wykazanie przez zastrzegającego, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym wskazany obowiązek wykazania oznacza więcej niż wyjaśnienie przyczyn co do objęcia informacji tajemnicą.

KIO 2861/15, KIO 31/16 30

Skład orzekający Izby wskazuje nadto, że poszerzanie uzasadnienia zachowania informacji w poufności po terminie złożenia samych informacji jest niedopuszczalne – przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem, że zastrzeżenie informacji oraz wykazanie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co w przedmiotowym przypadku rozumieć należy „nie później niż w terminie składania wyjaśnień”.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się bowiem, że pomimo, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się do ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to jednak z uwagi na okoliczność, iż zastrzegane informacje mogą znajdować się także w innych dokumentach, np. w wyjaśnieniach wykonawcy, zasadę tę należy stosować do wszystkich dokumentów składanych w postępowaniu.

Ze względu na powyższe skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę dodatkowej argumentacji przystępującego co do zachowania w poufności informacji w piśmie z dnia 11 grudnia 2015 r., zawartej w piśmie z dnia 28 grudnia 2015 r. (próba wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa po terminie).

Poddając ocenie uzasadnienie zawarte na stronie 1 pisma z dnia 11 grudnia 2015 r. skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że przystępujący nie wykazał, że informacje zawarte w dalszej części tego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ uzasadnienie to jest bardzo lapidarne i ogólne oraz nie nawiązuje w żaden sposób do konkretnych informacji zawartych w piśmie z dnia 11 grudnia 2015 r.

Nadto przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swojego stanowiska będącego, prezentując w istocie oceną własną istnienia podstaw do zachowania informacji w piśmie z 11 grudnia 2015 r. w poufności.

Przystępujący winien natomiast wykazać istnienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą i przynajmniej uprawdopodobnić możliwość poniesienia tej szkody.

Także sam fakt istnienia procedur, czy umów z klauzulami poufności nie oznacza automatycznego uznania zasadności zastrzeżenia określonych informacji – to zamawiający winien mieć możliwość weryfikacji istniejących u wykonawcy procedur i umów zawierających klauzule poufności.

Skład orzekający Izby zwraca dodatkowo uwagę, że na str. 3 i 4 pisma wyjaśniającego z dnia 11 grudnia 2015 r. przystępujące zawarł informacje, które nie mogły zostać zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa:

KIO 2861/15, KIO 31/16 31

-
1. informacja o stosowaniu przez przystępującego „najnowszych *rozwiązań technicznych*” stanowi jedynie własną ocenę stosowanych rozwiązań, nie dostarczając żadnych informacji o samych rozwiązaniach,
 2. odwoływanie się do „szczegółowych *obliczeń bilansowych*”, czy „*obliczeń specjalistów*” bez znajomości samych obliczeń nie pozwala innym wykonawcom na poznanie w jakimkolwiek zakresie samego rozwiązania,
 3. wskazanie wymagań SIWZ – treść SIWZ była znana wszystkim uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu wykonawcom,
 4. odwoływanie się do „oferowanych *obecnie przez różnych producentów parametrów pracy instalacji transportu pneumatycznego w fazie gęstej*” – co oczywiste, producenci są zainteresowani zapoznajaniem ze swoim ofertami jak najszerszego kręgu potencjalnych klientów, stąd powszechny do nich dostęp,
 5. ogólne podsumowanie (str. 4), że „*obiektywnie istnieją rozwiązania techniczne, które umożliwiają spełnienie parametru zużycia powietrza transportowego przez układ odpowietniania każdego z bloków*” stanowi jedynie własną ocenę przystępującego.

Ze względu na nieskuteczne zastrzeżenie przez przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa skład orzekający Izby nakazał udostępnienie odwołującemu strony 3 i 4 pisma przystępującego z dnia 11 grudnia 2015 r., uznając jednocześnie, że zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się także dodatkowo do załączonego do wyjaśnień z dnia 11 grudnia 2015 r. folderu United Conveyor Corporation w języku angielskim, skład orzekający Izby wskazuje, że

zgodnie z postanowieniem 13.1.7. Części 1 SIWZ „Wykonawca może złożyć w języku obcym (innym niż język polski) tylko informacje ogólne o firmie (np. foldery), jako materiał dodatkowy (reklamowy) niewymagane przez Zamawiającego”, co oznacza, że składania tego rodzaju materiałów w języku angielskim nie mogło mieć żadnego wpływu na ocenę oferty wykonawcy – reklamowy charakter takich materiałów nie znajduje uzasadnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto, w ocenie składu orzekającego Izby, ww. postanowienie pkt. 13.1.7. odnosiło się do wykonawcy, nie zaś innych podmiotów.

Zdaniem składu orzekającego Izby bezcelowe jest odwoływanie się do rozwiązań firmy United Conveyor Corporation w sytuacji, gdy przystępujący na rozprawie oświadczył, że nie korzysta z rozwiązań tego podmiotu, ale własnego – winie zatem opisać swoje rozwiązanie lub co najmniej zestawić je porównawczo z adekwatnym rozwiązaniem United Conveyor Corporation (instalacja transportu). Odsyłanie zamawiającego do systemów tego podmiotu w celu potwierdzenia parametrów systemów transportu wykracza poza dopuszczony cel składania materiałów w języku angielskim (pkt 13.1.7. Części 1 SIWZ).

KIO 2861/15, KIO 31/16 32

Ze względu na potwierdzenie się niektórych zarzutów odwołania skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO /128615.

Sygn. akt KIO 31/16

W *Odpowiedzi na odwołanie* (pismo zamawiającego z dnia 19 stycznia 2016 r.) zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzut przedstawiony w odwołaniu.

Przystępujący po stronie zamawiającego wniósł na posiedzeniu sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego odwołania.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska przystępującego, iż odwołanie zostało wniesione po terminie i należało je odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ stanął na stanowisku, że odwołanie zostało wniesione w terminie, o którym mowa w przepisie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, który znajduje tu zastosowanie.

Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp „Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określając żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania”, co oznacza, że dla sformułowania zarzutu konieczna jest wiedza wykonawcy o okolicznościach, stanowiących podstawę danego zarzutu.

Przypomnienia także wymaga, że odwołanie przysługuje wykonawcy od każdej czynności lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

Informacje o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z tego powodu, że przystępujący przyjął w ofercie inne niż wymagane przez zamawiającego parametry dotyczące stężenia zapylenia spalin na wlocie elektrofiltru, co skutkuje iż rozwiązanie oferowane przez przystępującego nie odpowiada treści SIWZ, odwołujący powziął w dniu 31 grudnia 2015 r., kiedy to zamawiający udostępnił odwołującemu treść wyjaśnień przystępującego z dnia 11 grudnia 2015 r.

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1142/13, na które powoływał się przystępujący zapadło w odmiennym stanie faktycznym. W odróżnieniu bowiem od odwołującego się wykonawcy w sprawie o sygn. akt KIO 1142/13, odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 31/16 wykazał staranność w pozyskaniu informacji stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, poprzez domaganie się od zamawiającego udostępnienia wyjaśnień przystępującego z dnia 11 grudnia 2015 r. na wezwanie

KIO 2861/15, KIO 31/16 33

zamawiającego z dnia 3 grudnia 2015 r. (odwołanie wniesione w dniu 31 grudnia 2015 r. – zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień wykonawcy na wezwanie z dnia 3 grudnia 2015 r.).

Uzyskanie dostępu do wyjaśnień przystępującego z dnia 11 grudnia 2015 r. rozpoczęło bieg terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, wobec czego odwołanie

wniesione w dniu 11 grudnia 2015 r., uwzględniając fakt, że 10 grudnia 2015 r. to dzień ustawowo wolny od pracy (niedziela), zostało wniesione z zachowaniem dziesięciodniowego terminu z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Jak trafnie argumentował na posiedzeniu zamawiający, ocena terminowości odwołania w sprawie KIO 31/16 na podstawie przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oznaczałoby ograniczenie prawa wykonawcy do kwestionowania prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej – w tym przypadku z tego powodu, że przystępujący przyjął w ofercie inne niż wymagane przez zamawiającego parametry dotyczące stężenia zapylenia spalin na wlocie elektrofiltru, co skutkuje iż rozwiązanie oferowane przez przystępującego nie odpowiada treści SIWZ.

Tym samym odwołujący zostałby pozbawiony możliwości ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia – czemu służyć ma środek ochrony prawnej w postaci odwołania, pomimo dołożenia ze swojej strony staranności.

Zarzut naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób niemożliwy do jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie w ofercie innych niż wymagane przez zamawiającego parametrów dotyczących stężenia zapylenia spalin na wlocie elektrofiltru, co skutkuje iż rozwiązanie oferowane przez przystępującego nie odpowiada treści SIWZ potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Bezsporne było to, że udzielając w toku postępowania odpowiedzi na zapytania wykonawców (odpowiednio nr 23, nr 167 i nr 259), zamawiający wskazał, że:

- stężenie zapylenia na wlocie do elektrofiltru dotyczy spalin wilgotnych przy aktualnym poziomie tlenu,
- stężenie zapylenia na wlocie do elektrofiltru zostało ostatecznie ustalone na 80 g/Nm^3 ,
- natężenie przepływu gazów spalinowych określone zostało dla zawartości tlenu 5,4%.

Pismem zamawiającego z dnia 3 grudnia 2015 r. przystępujący został wezwany, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia, czy określając zużycie powietrza

KIO 2861/15, KIO 31/16 34

transportowego ($410 \text{ m}^3/\text{h}$) uwzględnił wymaganie, iż „stężenie zapylenia na wlocie do elektrofiltru może osiągnąć wartość do 80 g/Nm^3 ”.

Odpowiadając na ww. wezwanie przystępujący, w piśmie z dnia 11 grudnia 2015 r., oświadczył: „Niniejszym potwierdzamy, że określając zużycie powietrza transportowego przez układy odpowietrzania każdego z bloków uwzględniliśmy wszystkie wymagania i parametry określone w SIWZ, a w szczególności:

- (...);
- (...);
- (...);
- (...);
- (...);
- (...);
- (...);
- (...);
- stężenie zapylenia na wlocie do elektrofiltru może osiągnąć wartość do 80 g/Nm^3 gazu suchego przy 6% zawartości O_2 , i co najmniej taką wydajność będzie posiadał oferowany system transportu popiołu”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zwrot „w szczególności” oznacza, że następujące po nim wskazania/wyliczenia nie stanowią katalogu zamkniętego.

Użyciu zatem w piśmie przystępującego z dnia 11 grudnia 2015 r. zwrotu „w szczególności” należy przypisać takie znaczenie, że wymienione poniżej wymagania nie są jedynymi uwzględnionymi przez przystępującego przy określaniu zużycia powietrza

transportowego przez układy odpowielania każdego z bloków, tj. oprócz tych wymienionych, przystępujący uwzględnił jeszcze jedno lub więcej wymagań, jednak te wymagania, które zostały wskazane są właśnie tymi, które zostały uwzględnione.

Nie można wobec tego traktować podanych przez przystępującego szczegółowych informacji, a to dotyczących rodzaju gazu (suchy) i procentowej zawartości O_2 (6%) jako przykładowych.

Co więcej, informacje te zostały podane przez przystępującego z własnej inicjatywy (zamawiający swoje zapytanie ograniczył do wartości stężenia zapylenia na wlocie do elektrofiltru bez dalszych szczegółowych uwarunkowań), w związku z czym należy je traktować jako opis oferowanego przez wykonawcę rozwiązania.

KIO 2861/15, KIO 31/16 35

W ocenie składu orzekającego Izby literalne brzmienie wyjaśnień nie pozwala na uznanie, że – jak twierdził przystępujący w swoim piśmie z dnia 19 stycznia 2016 r. (pkt 2.2.) „odniesienie się do spalin suchych i ilości tlenu w wysokości 6% miało jedynie charakter przykładowy, bowiem już z drugiej części zdania wynika, że oferowane rozwiązanie będzie posiadało co najmniej takie same cechy (a więc również może mieć lepsze parametry)” – ponieważ zwrot „co najmniej” w zdaniu: „stężenie zapylenia na wlocie do elektrofiltru może osiągnąć wartość do 80 g/Nm³ gazu suchego przy 6% zawartości O_2 , i co najmniej taką wydajność będzie posiadał oferowany system transportu popiołu” odnosił się do wydajności systemu transportu popiołu, nie zaś do samych założeń (gaz suchy i procentowa zawartość tlenu), a samo oświadczenie dotyczyć miało konkretnych wymagań i parametrów określonych w SIWZ.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko odwołującego, że w konfrontacji ogólnego oświadczenia wykonawcy o zgodności treści jego oferty z treścią SIWZ zawartego w *Formularzu Oferta*, sporządzonym według narzuconego przez zamawiającego wzoru z oświadczeniem wykonawcy co do szczegółowych rozwiązań przyjętych w ofercie należy uznać pierwszeństwo szczegółowym oświadczeniom wykonawcy.

W konsekwencji o zgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ nie może przesądzać oświadczenie zawarte na str. 2 i 3 oferty o treści: „Oferujemy realizację Zadania zgodnie z wymaganiami podanymi w *Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ)*, w szczególności zgodnie z *Wymaganiami Technicznymi(...)*”, ale oświadczenie co do przyjętych założeń, tj. że stężenia zapylenia dotyczy gazu suchego przy 6% zawartości O_2 , co jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego ustanowionymi w udzielonych odpowiedziach na zapytania nr 23 (spaliny wilgotne) i nr 259 (zawartość tlenu 5,4 %).

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zamawiający z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zaniechał odrzucenia oferty przystępującego.

Jednocześnie skład orzekający Izby uznał, że poprawa niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ w powyższym zakresie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niemożliwa, ponieważ niezgodności tej nie można przypisać cech omyłki – nic takiego ani w toku postępowania przed zamawiającym, ani na rozprawie przystępujący nie twierdził.

Ponieważ naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania (zamawiający dokonał wyboru oferty, która winna zostać odrzucona), skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 31/16.

KIO 2861/15, KIO 31/16 36

Na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp skład orzekający Izby wydał orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku postępowania na podstawie art. 186 ust. 6 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a) oraz lit. b), a także § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

KIO 2861/15, KIO 31/16 37