

Sygn. akt: KIO 2697/10

WYROK
z dnia 4 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki

Piotr Kozłowski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 i 30 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia **14 grudnia 2010 r.** wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: Nalco Mobotec Polska Sp. z o.o., Nalco Mobotec Inc., Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu, „REMAK-ROZRUCH” S.A., z adresem lidera: ul. Przemysłowa 55, 43-110 Tychy, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Południowy Koncern Energetyczny S.A., ul. Lwowska 23, 42-389 Katowice,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: Strabag Sp. z o.o., Strabag AG, z adresem lidera konsorcjum: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: Nalco Mobotec Polska Sp. z o.o., Nalco Mobotec Inc., Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu, „REMAK-ROZRUCH” S.A., z adresem lidera: ul. Przemysłowa 55, 43-110 Tychy**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: czterech tysięcy czterystu czterdziestu czterech złotych zero groszy) uiszczone przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: Nalco Mobotec Polska Sp. z o.o., Nalco Mobotec Inc., Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu, „REMAK-ROZRUCH” S.A., z adresem lidera: ul. Przemysłowa 55, 43-110 Tychy**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 276 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) przez odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: Nalco Mobotec Polska Sp. z o.o., Nalco Mobotec Inc., Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu, „REMAK-ROZRUCH” S.A., z adresem lidera: ul. Przemysłowa 55, 43-110 Tychy** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub posiedzenia Izby oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15.556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: Nalco Mobotec Polska Sp. z o.o., Nalco Mobotec Inc., Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu, „REMAK-ROZRUCH” S.A., z adresem lidera: ul. Przemysłowa 55, 43-110 Tychy.**

Uzasadnienie

Zamawiający Południowy Koncern Energetyczny SA z siedzibą w Katowicach, ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice wszczął postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem pod nazwą „Dostawa kotła OP-650k na bloku nr 9-12 w PKE SA Elektrowni Łaziska do obniżenia emisji NOx”. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej w skrócie Pzp.

10.10.2009 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 196-282006.

10.11.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: STRABAG Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (Lider) oraz STRABAG AG z siedzibą w Spittal/Drau, Austria (dalej wykonawca Strabag);
- 2) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Strabag.

19.11.2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Nalco Mobotec Polska sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, ul. Przemysłowa 55, 43-110 Tychy (Lider), Nalco Mobotec Inc., 1209 Orange Street, Wilmington, Delaware 19801, USA, Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „REMAK-ROZRUCH” S.A. z siedzibą w Opolu, ul. Łowicka 1, 45-324 Opole, zwanymi dalej protestującym wniósł protest na:

- 1) zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty po przeprowadzeniu negocjacji złożonej przez wykonawcę Strabag jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Strabag, który złożył nieprawdziwe informacje w myśl art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz w konsekwencji zaniechanie przez zamawiającego polegające na nieodrzuceniu oferty wykonawcy Strabag na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp;

- 3) dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanej z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp gdyż zamawiający uwzględnił w dokonaniu tej czynności również ofertę wykonawcy Strabag, którego to wykonawcy oferta podlega odrzuceniu z przyczyn podanych powyżej w ten sposób naruszając jednocześnie art. 7 ust. 1 Pzp;
- 4) zaniechanie czynności udostępnienia obszerniejszej części oferty technicznej wykonawcy Strabag, która to oferta co do zasady powinna być jawna, inaczej niż to zostało uczynione przez zamawiającego 15 listopada 2010 r., przez naruszenie przepisu art. 8 ust. 1 i 2 Pzp oraz naruszenie obowiązku zamawiającego zobowiązującego go do udostępnienia złożonych ofert nie później niż przed ogłoszeniem wyboru oferty najkorzystniejszej tj. 10 listopada 2010 r.;
- 5) zaniechaniu wyboru oferty protestującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Postępowanie Zamawiającego narusza następujące przepisy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Strabag, pomimo, że:
 - a) treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji i została przygotowana niezgodnie z instrukcjami zamawiającego – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
 - b) złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp,
 - c) oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Strabag składającego nieprawdziwe informacje dotyczące zużycia energii elektrycznej, które to informacje mają wpływ na ocenę ofert w klasyfikacji końcowej i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Strabag;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp przez uwzględnienie oferty, która podlega odrzuceniu i nie powinna być rozpatrywana przez zamawiającego przy wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Strabag, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) art. 8 ust. 1 i 2 Pzp oraz przepisy wykonawcze – § 5 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 16 października 2008 r. (Dz. U. Nr 188, poz. 1154) przez udostępnienie do wglądu protestującemu odtajnionej części oferty wykonawcy

Strabag dopiero po 5 (pięciu) dniach od przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a nie jak to powinno być dokonane zgodnie z przepisami, nie później niż w dniu przed ogłoszeniem wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przez niedokonanie odtajnienia pozostałej części oferty technicznej wykonawcy Strabag, która powinna być jawna i nie podlega zastrzeżeniu w trybie art. 8 ust. 3 Pzp;

- 6) inne przepisy wskazane w uzasadnieniu protestu lub wynikające z treści uzasadnienia (na rozprawie odwołujący odstąpił od zarzutu).

Protestujący żąda:

- 1) ujawnienia pozostałej części oferty technicznej, która nie stanowi tajemnicy wykonawcy Strabag i powinna być udostępniona protestującemu;
- 2) unieważnienia czynności zamawiającego wyboru oferty wykonawcy Strabag, jako najkorzystniejszej, która to oferta powinna być odrzucona;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Strabag;
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 5) dokonania wyboru oferty złożonej przez protestującego, jako najkorzystniejszej.

Argumentacja protestującego

1. Stan faktyczny

03.08.2010 r. do zamawiającego wpłynęły oferty wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji do złożenia ofert zostali dopuszczeni wykonawcy oferujący zarówno technologie wtórne oparte na metodzie katalitycznej (zwane dalej jako SCR) redukcji tlenków azotu, jak i wykonawcy oferujący wykonanie przedmiotu zamówienia w oparciu o metody pierwotne (optymalizacja procesu spalania) dodatkowo uzupełnione metodami wtórnymi (technologie SNCR) stanowiące technologie niekatalityczne redukcji tlenków azotu.

Oferty wykonania przedmiotu zamówienia według technologii katalitycznych złożyły następujący wykonawcy wspólnie u biegający się o udzielenie zamówienia:

- 1) Hitachi LTD, Energomontaż Północ S.A. („Hitachi”) – 229.970.000,00 zł,
- 2) PBG SA, S&T Corporation („PBG”) – 210.084.000,00 zł,
- 3) Fabryka Kotłów Rafako S.A. i Termokimik Corporation („Rafko”) – 182.987.800,00 zł,
- 4) Strabag Sp. z o.o., Strabag AG („Strabag”) – 92.880.573,96 zł.

Oferty wykonania zamówienia według technologii niekatalitycznych złożyli wykonawca wspólnie u biegający się o udzielenie zamówienia:

1) Energotechnika-Energorozruch S.A., Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. („Energotechnika”) – 109.200.000,34 zł,

2) Nalco Mobotec Polska Sp. z o.o., Nalco Mobotec Inc, Przedsiębiorstwo Remontowo-Inwestycyjne Energetyki i Przemysłu „REMAK-ROZRUCH” S.A. – 117.943.500,18 zł.

Kwota środków jaką zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia wyniosła 204.960.000,00 zł.

Zamawiający 10 listopada 2010 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy Strabag z ceną ofertową 92.880.573,96 zł.

W podobnym przetargu rozstrzygniętym przez zamawiającego w Elektrowni Jaworzno III (gdzie modernizacji podlegało 6 bardzo podobnych bloków energetycznych zamiast jak w Łaziskach – 4) 12 lipca 2010 r. ogłosił wyniki przetargu, w którym wybrał wykonawcę oferującego metody niekatalityczne z ofertą cenową na kwotę 273.639.900,00 zł.

Obiekt	Kotły	Cena oferty wybranej przez zamawiającego	Cena jednostkowa/ kocioł oferty wybranej przez zamawiającego
PKE Jaworzno III	6 x Op-650	273.639.900,00 zł	45 606 650,00 zł
PKE Łaziska	4 x Op-650	92.880.573,96 zł	23 220 143,49 zł

Zważywszy na fakt, że zamawiający bez zawahania akceptuje powyższe rozbieżności, mimo, że oferta z rozwiązaniami technologicznymi opartymi na metodzie katalitycznej redukcji tlenków azotu z powodu kosztownej instalacji nie może być tańsza od oferty opartej na kombinacji metod pierwotnych oraz wtórnych niekatalitycznych, prowadzi do wniosku, że postępowanie zamawiającego i wybór oferty wykonawcy Strabag jest obarczone błędem.

Przedmioty zamówienia w przetargach na PKE Jaworzno III oraz PKE Łaziska były bardzo zbliżone, tj. oparte na formule „pod-klucz”. Generalną zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zasada ta przede wszystkim odnosi się do czynności oceny ofert pod względem wymagań ze specyfikacją i przepisami prawa, jak również wyboru najkorzystniejszej z nich. Obowiązek zachowania stanu uczciwej konkurencji pomiędzy podmiotami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia spoczywa na zamawiającym, co przejawia się m.in. tym, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2-4 Pzp zamawiający jest obowiązany obligatoryjnie odrzucić:

- a) ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- b) ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp,
- c) ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zasada poszanowania dyrektyw wynikających z dyspozycji art. 89 Pzp w toku udzielania zamówień publicznych gwarantuje, że to właśnie wolny rynek konkurujących ze sobą o uzyskanie zamówienia przedsiębiorstw zapewnia osiągnięcie maksymalnej efektywności gospodarowania środkami publicznymi, zapobieżenie nadużyciom oraz promowanie solidnych i uczciwych przedsiębiorców będących w stanie wykonać przedmiot zamówienia publicznego.

2. Niezgodność treści oferty wykonawcy Strabag z treścią specyfikacji

Protestujący, po analizie rozwiązania technicznego proponowanego przez wykonawcę Strabag, to jest technologii opracowywanych i wdrożonych przez Envirgy Energy Engineering and Construction GmbH („Envirgy”), nabytych przez wykonawcę Strabag (pismo wykonawcy Strabag z 20.03.2009 r.), których to rozwiązania technologiczne zostały ujawnione publicznie przez powyższą spółkę w przeszłości i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz po gruntownej analizie udostępnionej, jednakże tylko w części, oferty technicznej wykonawcy Strabag ujawnionej protestującemu 15.11.2010 r. doszedł do następujących wniosków:

Podane przez wykonawcę Strabag zużycie reagenta w postaci wody amoniakalnej do zawartych w specyfikacji informacji na temat ilości spalin z kotła OP-650 oraz wyjściowego stężenia tlenków azotu nie pozwala na wymaganą redukcję NOx, do poziomu poniżej 190 mg/Nm³ (miligramów na normalny metr sześcienny).

Informacja została zawarta w dokumentacji przetargowej i na podstawie tej informacji protestujący dokonał istotnych obliczeń wielkości instalacji, a co za tym idzie kalkulacji kosztów inwestycyjnych. Obowiązkiem wszystkich wykonawców było zaproponowanie rozwiązania, które spełnia wymogi zawarte w specyfikacji. Oferta wykonawcy Strabag jest niezgodna z postanowieniami specyfikacji, ponieważ zaproponowana instalacja w ocenie protestującego nie zapewnia dostatecznej redukcji NOx dla warunków opisanych w specyfikacji z zachowaniem gwarantowanego zużycia reagenta, co oznacza, że została zaprojektowana dla niższych parametrów, niż jest wymagane w specyfikacji.

Z wyżej wymienionego powodu oferta wykonawcy Strabag powinna zostać odrzucona jako niespełniająca warunków zawartych w specyfikacji.

Ponadto protestujący wyraża zaniepokojenie i wątpliwości, co do kompletności oferty wykonawcy Strabag ze względu na nie odtajnienie informacji na temat dostaw elementów wymaganych w specyfikacji.

Wniosek o odtajnienie elementów oferty nie miał na celu pozyskania informacji na temat tajnych i zastrzeżonych rozwiązań technicznych wykonawcy Strabag, a jedynie ukazanie kompletności oferty z wymaganiami specyfikacji oraz prawidłowości dokonanej wyceny prac. Dodatkowo, wymagane elementy dostawy stanowiące o kompletności dostawy w rozumieniu specyfikacji, takie jak elementy AKPiA, dodatkowa warstwa katalityczna, czy elementy podstawowe instalacji wzajemnie się rezerwują (pompy podawcze-cyrkulacyjne, wyparki, wentylatory, zdmuchiwalce popiołu) stanowią istotny procent ceny, a ich pominięcie może wytłumaczyć rażąco niską cenę zaproponowaną przez wykonawcę Strabag ukazując niezgodność złożonej oferty z treścią specyfikacji.

A. Zgodnie z wymogami specyfikacji, w pkt 3.2.1.8 na stronie 57 Programu Funkcjonalno-Użytkowego załącznik nr 3 do specyfikacji (dalej pkt 3.2.1.8 specyfikacji) zamawiający zażądał, aby instalacja zaoferowana przez wykonawców była zaprojektowana dla wydajności przepływu spalin do 1.000.000 Nm³/h (normalny metr sześcienny na godzinę) spalin mokrych.

Ponadto zamawiający potwierdził powyższy warunek w pismach z 2 oraz 20 lipca 2010 r., rozesłanych drogą faksową do wszystkich wykonawców (oryginał pisma w dokumentacji zamawiającego). Powyższy warunek jest o tyle istotny dla rozpatrzenia sprawy i oceny zgodności złożonych ofert ze specyfikacją, że wymóg ten faktycznie determinuje wielkość instalacji, konieczność dostarczenia odpowiedniej wielkości katalizatora oraz determinuje niezbędną ilość reagenta (substancji reagującej – amoniaku NH₃) do oczyszczenia 1.000.000 Nm³/h spalin mokrych w celu obniżenia NOx do poziomu wymaganego przez zamawiającego.

Zgodnie ze szczegółowym brzmieniem przytoczonego punktu specyfikacji, zamawiający wymaga by instalacja została zaprojektowana dla strumienia spalin mokrych na wylocie z II ciągu kotła – wynoszącego maksymalnie 1.000.000 Nm³/h (przy gęstości 1,31 kg/Nm³, (kilogramów na normalny metr sześcienny) temperaturze spalin wynoszącej od 290°C-345°C oraz zawartości O₂ wynoszącej od 2,5% do 5,3%).

W piśmie zamawiającego z 20.07.2010 r. kwestia ta była poruszana przez jednego z wykonawców i wyjaśniana przez zamawiającego. Cytat pisma z 20.07.2010 r. dotyczący strugi spalin:

»...Pytanie 22:

Jakie są rzeczywiste strumienie gazów spalinowych? W rozdziale 3.2.1.8 Parametry spalin przed LUV0 jest podawany strumień gazów spalinowych, jako 750.000 Nm³/h(suche).

Jednocześnie podawany jest strumień gazów spalinowych 1.000.000 Nm³/h (wilgotne). Przy przeciętnej 8% wilgotności gazów spalinowych, nie jest ta wartość wiarygodna. Prosimy o udostępnienie poprawnych parametrów.

Odpowiedź:

Rzeczywiste strumienie spalin zmierzone na bloku nr 9 podano w odpowiedzi na pytania z 02.07.2010 r. ... «.

A z kolei informacja z pisma PKE z 2 lipca 2010 r. brzmi:

»...Pytanie 1:

„Jakie są rzeczywiste (zmierzone) lub obliczeniowe wartości strumieni (przepływy) spalin dla obciążeń kotłów nr 9-12 podanych w pkt 3.2.3 PFU na str. 60 przez obrotowe podgrzewacze powietrza OPP-1, OPP-2 i OPP-3”.

Odpowiedź:

Wyniki pomiarów objętościowych strumieni spalin za elektrofiltrem wykonane na bl. 9 w dniu 31.03.2010 r. przez Energopomiar Gliwice przedstawiono poniżej.

Objętościowy strumień spalin mokrych w warunkach umownych [m_u³] wynosi:

Moc [MW]	OPP1	OPP2	OPP3
220	359000	284000	380000
180	288000	278000	307000
150	180000	267000	222000
120	139000	257000	185000

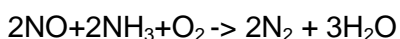
Zawartość wilgoci w gazie - ok. 6,3%...«.

Niezależnie od informacji zawartych w specyfikacji (punkt 3.2.1.8 na stronie 57), zamawiający w swoim piśmie z 02.07.2010 r. (pytanie i odpowiedź nr 1) podaje strumień spalin jako 1.023.000 Nm³/h i dodatkowo potwierdza to w piśmie z 20.07.2010 r. (pytanie i odpowiedź 22).

Przyjmując dane podane przez zamawiającego, iż:

- stężenie NO_x – poziom wyjściowy NO_x: 450 mg/Nm³ dla O₂=6% w całym zakresie obciążeń – punkt 3.2.3 strona 59.
- gwarantowany średnio-godzinowy ulot amoniaku wynosi: <5 mg/m³ dla O₂=6%,
- poziom NO_x żądany przez zamawiającego wynosi: 190 mg/m³ dla O₂=6%.

W procesie katalitycznej redukcji NO_x (reakcja wskazana również przez wykonawcę Strabag na stronie 8 oferty wykonawcy Strabag) zachodzi klasyczna reakcja:



a zatem:

- wymagany przepływ NH_3 (Nm^3/h) = [natężenie przepływu spalin wyrażone w Nm^3/h , spaliny suche] x [koncentracja NO_x na wlocie wyrażona w ppmvd] x [wymagany stosunek molowy NH_3/NO] x 10^{-6} ,

gdzie:

- natężenie przepływu spalin (spaliny suche, dla 6% udziału O_2) = ([spaliny mokre] x [1 - H_2O]) x [(21%-2,5%)/(21%-6%)] = (1.000.000 Nm^3/h x (1-0,08)/(21-2,5%)/(21-6%)) = 1.134.666,67 Nm^3/h (spaliny suche dla 6% O_2),
- NO_x na wlocie 450 mg/Nm^3 przy $\text{O}_2 = 6\%$: 450 $\text{mg}/\text{Nm}^3 = 450 \text{ mg}/\text{Nm}^3 / 2,05 = 219,51$ ppmvd,
- gwarantowany ulot NH_3 : 5mg, a więc: $5 \cdot (21-2,5)/(21-6)/0,76 = 8,11$ ppmvd
- wymagany stosunek molowy $\text{NH}_3/\text{NO} = [\text{sprawność instalacji deNO}_x \text{ metodą SCR}] + [\text{poślizg } \text{NH}_3/\text{NO}_x \text{ na wlocie}] = (450 \text{ mg}/\text{Nm}^3 - 190 \text{ mg}/\text{Nm}^3)/450 \text{ mg}/\text{Nm}^3 + 8,11 \text{ ppmvd} / 219,51 \text{ ppmvd} = 0,61$

a zatem wymagany przepływ NH_3 wynosi: 1 134 666,67 Nm^3/h x 219,51 ppmvd x 0,61 x $10^{-6} = 153,12 \text{ Nm}^3/\text{h}$ i $153,12 \times 0,76 = 116,37 \text{ kg/h}$ jako 100% NH_3 .

Z przytoczonego równania jednoznacznie wynika, że wymagane zużycie reagenta powinno oscylować na poziomie około 117 kg/h (w przeliczeniu na 100% substancji), jeżeli instalacja jest zaprojektowana zgodnie z wymogiem zamawiającego dotyczącym przepływu strugi spalin mokrych na poziomie do 1.000.000 Nm^3/h . Każda mniejsza wartość podana przez wykonawcę oferującego metody katalityczne potwierdza tylko fakt, że zaproponowane rozwiązanie nie spełnia warunków postawionych przez zamawiającego w specyfikacji. Zużycie reagenta na poziomie 117 kg/h jest wartością teoretyczną, natomiast potwierdzenie jej poprawności można znaleźć w ofertach złożonych przez wykonawców Hitachi oraz PBG, gdzie zużycie wody amoniakalnej zostało założone na poziomie odpowiednio wynoszącym: 132 kg/h oraz 120,2 kg (w przeliczeniu na 100% substancji). Niewielkie różnice w wartościach mogą wynikać z marginesów bezpieczeństwa założonych przez wykonawców lub marginesów niedoskonałości reakcji indywidualnie zakładanych przez wykonawców, może to wynikać z obawy o przekroczenia zużycia reagenta - w specyfikacji jest to obłożone wysokimi karami umownymi.

Tak jest również zdaniem protestującego z ofertą złożoną przez wykonawcę Strabag. Podanie przez wykonawcę Strabag zużycia reagenta na poziomie 85 kg/h oznacza, że wykonawca Strabag zaprojektował i zaoferował instalację, której wydajność wynosi maksymalnie ok. 810.000 Nm^3/h spalin mokrych, a nie 1.000.000 Nm^3/h spalin mokrych jak tego zażądał zamawiający w ostatecznej specyfikacji w punkcie 3.2.1.8 na stronie 57 specyfikacji.

Ponadto odwołujący w uzasadnieniu odwołania dodał:

Należy w tym miejscu podkreślić, że zamawiający dokonał zmiany końcowej wersji SIWZ dodając informację o wielkości przepływu spalin (tej informacji nie było w pierwotnej wersji SIWZ) i następnie wobec wnikliwych pytań Wykonawców, którzy zażądali określenia która wartość powinna być prawidłowa dla przygotowania oferty końcowej i Załącznika nr 3: czy 750.000 Nm³/h spaliny suche czy też, 1.000.000 Nm³/h spaliny mokre, Zamawiający bez żadnych wątpliwości pokazał wyniki pomiarów i w odpowiedzi nr 1 z dnia 02.07.2010 podał jednoznacznie strumień spalin mokrych na poziomie 1.023.000 Nm³/h, a w odpowiedzi z dnia 20 lipca 2010 na ponowne pytanie (nr 22). w tym zakresie Zamawiający w odpowiedzi ponownie odesłał wykonawców do wyjaśnień z dnia 20 lipca 2010 r.

Wobec aktualizacji PFU w punkcie 3.2.1.8 przez dodanie wyższych wartości przez Zamawiającego i potwierdzenie wyższych wartości w odpowiedzi na pytania wykonawców, wykonawcy chcąc złożyć ważne oferty techniczne i tworząc załączniki technologiczne do ofert musieli zweryfikować wstępne oferty techniczne i odpowiednio przeprojektować rozwiązania techniczne w nich zaprezentowane tak, aby odpowiadały one nowym wymogom, co wiązało się z odpowiednim powiększeniem instalacji, a w konsekwencji ich ceny oraz kosztów eksploatacji, w tym ilości reagenta niezbędnego do oczyszczenia większej ilości spalin (1.000.000 Nm³/h spalin mokrych) co miało bardzo istotny wpływ na końcową ocenę ofert Wykonawców.

Zamawiający posiadając pełną treść oferty technicznej wykonawcy Strabag, posiada pełną wiedzę, jaka wydajność instalacji i jakie dane projektowe (maksymalny przepływ spalin mokrych) instalacji proponuje wykonawca Strabag. Znajdują się oferty wykonawcy Strabag w Rozdziale 10 „Dane Katalizatora” w tabeli 10.1. „Dane Projektowe”, pierwszy wers Tabeli (parametr: strumień spalin na jeden kocioł; jednostka: Nm³/h, mokre, faktyczne O₂, wartość: „X” (dane podane przez wykonawcę Strabag), zastrzeżone i nieujawnione protestującemu, jednakże posiadane i możliwe do zweryfikowania przez zamawiającego. W pozycji „Wartość” powinna być co najmniej ujawniona wartość 1.000.000 Nm³/h wymagana przez zamawiającego w specyfikacji.

Zamawiający powinien porównać tę wartość z wymaganą wydajnością przepływu spalin na poziomie 1.000.000 Nm³/h. Proste porównanie wymogów specyfikacji i oferty technicznej wykonawcy Strabag w tym zakresie ewidentnie wskaże, że oferta wykonawcy Strabag jest niezgodna ze specyfikacją ostateczną (w tym z wymogiem pkt 3.2.1.8) i powinna być na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucona i nieuwzględniona przy wyborze oferty najkorzystniejszej, a sam wykonawcą wykluczony. W tym zakresie zamawiający nie zastosował się do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp naruszając bezwzględnie obowiązujący przepis.

Ponadto zdaniem Protestującego, wpisanie przez wykonawcę Strabag zużycia reagenta na poziomie 85 kg/h, co odpowiada przepływowi spalin mokrych na poziomie ~810.000 Nm³/h, wynika z błędu wykonawcy Strabag popełnionego w bardzo prozaiczny sposób: we wstępnej specyfikacji, przed złożeniem ofert wstępnych, zamawiający w punkcie 3.2.1.8 specyfikacji na stronie 46 postawił wymóg wydajności instalacji, gdzie maksymalny przepływ spalin suchych wynosi 750.000 Nm³/h (czyli przepływ spalin mokrych wynosił odpowiednio 810.000 Nm³/h). Jednakże w ostatecznej specyfikacji, zamawiający zastrzył swój wymóg i uzupełnił postanowienie pkt 3.2.1.8 specyfikacji części technicznej stawiając wyższy wymóg, że instalacja ma być zaprojektowana dla przepływu spalin mokrych na poziomie maksymalnym 1.000.000 Nm³/h.

Z danych zużycia reagenta wskazanych w ofercie wykonawcy Strabag wynika, że wykonawca Strabag zwyczajnie, składając ofertę ostateczną, nie uwzględnił nowych wymogów zamawiającego i błędnie przyjął stare założenia i wymogi zamawiającego z nieaktualnej, wstępnej specyfikacji. Poza specyfikacją, nowe zastrzeżone wymogi były podane do wiadomości wykonawcy Strabag w pismach z 2 oraz 20 lipca 2010 r.

Jednakże wykonawca Strabag będąc profesjonalistą, takich prostych błędów i przeoczeń nie powinien się dopuszczać, tym bardziej, że zamawiający udostępnił wykonawcom ostateczną specyfikację z dużym zapasem czasu na przestudiowanie wprowadzonych w niej zmian i dokonanie korekt ofert technicznych przez wykonawców.

Fakt przeoczenia przez wykonawcę Strabag tak istotnej kwestii, która pojawiła się w ostatecznej specyfikacji SIWZ i faktycznie jej zignorowania, obciąża tylko wykonawcę Strabag, powodując, że treść jego oferty (części technicznej) nie odpowiada treści ostatecznej specyfikacji. Przedmiot zamówienia zaproponowany przez wykonawcę Strabag jest odmienny (zaprojektowany na mniejszą wydajność strumienia spalin mokrych) niż jest to określone w postanowieniach specyfikacji. W konsekwencji oferta wykonawcy Strabag powinna być odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto odwołujący w uzasadnieniu odwołania dodał:

W rozstrzygnięciu protestu z 29 listopada 2010 r. zamawiający argumentuje, że podał wydajność kotła jako 650 t/h pary pierwotnej i dla tej wartości powinny być kalkulowane koszty eksploatacyjne. Argumentacja zamawiającego jest niestety w tym zakresie całkowicie chybiona ponieważ nie zawiera ona w sobie precyzyjnej informacji o ilości przepływu spalin a tylko produkcji pary świeżej. Ilość wytwarzanych spalin nie zależy tylko do ilości produkowanej pary pierwotnej, ale również od składu paliwa jakim jest opalany blok energetyczny oraz sposobie prowadzenia procesu spalania w bloku energetycznym, co sam podkreślił zamawiający w specyfikacji dopisując nowe postanowienie stwierdzając, że

„Strumień spalin mokrych na wylocie z II ciągu kotła w zależności od obciążenia kotła i jakości paliwa wynosi od 450 000 Nm³/h do 1 000 000 Nm³/h”.

Istotą sporu jest stwierdzenie następujących faktów: (1) czy zamawiający zmienił specyfikację i wskazał, że przepływ spalin został zmieniony na 1.000.000 Nm³/h – spaliny mokre. Odpowiedź jest twierdząca, znajduje się ona w pkt 3.2.1.8 specyfikacji i na stronie 2 rozstrzygnięcia protestu; (2) czy założenia instalacji technicznej opisane w załączniku nr 3 do oferty zaoferowane przez wykonawcę Strabag spełniają powyższe wymaganie narzucone specyfikacją, czy też instalacja jest zaprojektowana dla innych, zaniżonych parametrów.

Zgodnie z nowymi wytycznymi zamawiającego, instalacja miała być zaprojektowana dla strumienia spalin 1.000.000 Nm³/h – spaliny mokre. Taki wymóg postawił zamawiający i taki wymóg musiał być spełniony przez wykonawców przy projektowaniu instalacji i to bez względu na fakt czy taka ilość spalin będzie przepływała przez instalację podczas jej pracy czy też nie. Jak sam zamawiający potwierdził, przepływ taki może wynosić nawet 1.023.000 Nm³/h jak wykazały wyniki pomiarów przeprowadzonych przez Energopomiar.

Twierdzenie zamawiającego, że wartość 1.000.000 Nm³/h jest już inną wartością, która zawiera w sobie również „dodatkowe ilości powietrza przyssane przez nieszczelności na obrotowym podgrzewaczu powietrza oraz nieszczelności elektrofiltru i kanałów spalin” i że wartość ta ma służyć jedynie jako uzupełnienie wiedzy wykonawcy o stanie technicznym kotła oraz urządzeń pomocniczych” jest uzasadnieniem sprzecznym ze specyfikacją i odpowiedziami zamawiającego do wykonawców i należy ją traktować jedynie jako próbę szukania uzasadnienia dla błędnego wyboru oferty wykonawcy Strabag i zmianę specyfikacji pomiędzy datą złożenia oferty a wyborem oferty najkorzystniejszej co jest bezprawne.

Uzasadnienie poczynione przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, (jak również bezpodstawny fakt nieujawnienia odwołującemu zastrzeżonej oferty technicznej – założeń wydajności katalizatora – powinno być no najmniej 1.000.000 Nm³/h spalin mokrych) utwierdza tym bardziej odwołującego, że oferta wykonawcy Strabag (część techniczna) nie spełnia wymogu wydajności katalizatora – co najmniej 1.000.000 Nm³/h spalin mokrych.

Przyjmując podejście zamawiającego do uzasadnienia swojego wyboru, można stwierdzić, że zamawiający nie wymaga wobec wszystkich wykonawców aby ich oferty techniczne spełniały narzucone przez niego wymogi specyfikacji i jego wybór w tym zakresie jest arbitralny. Jednocześnie ukazuje to, że przy hipotetycznym spełnianiu przez złożoną ofertę wydajności katalizatora na poziomie 750.000 Nm³/h spalin (jak było to zapisane we wstępnej wersji specyfikacji) przy uzasadnieniu jej wyboru zamawiający mógłby, w ten sam sposób, tłumacząc się odstąpić od postawionego wymogu i uwzględnić instalację sprzeczną ze specyfikacją o dowolnej innej wydajności twierdząc, że postawiony przez niego wymóg specyfikacji nie jest traktowany przez niego, jako realny parametr techniczny lecz wartość orientacyjna, zawierająca błąd/margines, którego wielkość jest ustalana przez

zamawiającego według jemu tylko znanych zasad. Powoduje to, że przy takim nieprawidłowym arbitralnym sposobie ewaluacji ofert, która odbiega od założeń specyfikacji, każda oferta może zostać wybrana nawet jeżeli nie spełnia wymogów specyfikacji i zależy to tylko od znanego zamawiającemu kryterium, jakie przyjął przy ocenianiu, co jest zgodne z treścią specyfikacji, a co nie.

Zamawiający dokonując zmian w ostatecznej specyfikacji i zastrzegając jej warunki powinien ze szczególną uwagą sprawdzić oferty wykonawców pod względem nowych wprowadzonych przez siebie wymogów, tym bardziej, jeżeli dane podane przez wykonawców, tak jak wykonawca Strabag, dotyczące zużycia reagenta (które są wywiedzione empirycznie i jednoznaczne, ponieważ nie jest możliwe manipulowanie procesami chemicznymi, gdzie reakcje chemiczne są stałe) wskazują ewidentnie na niezgodność z treścią specyfikacji. Zamawiający powinien zweryfikować czy instalacja zaproponowana w ofercie końcowej spełnia warunki specyfikacji wstępnej (nieaktualnej), czy też spełnia warunki postawione przez specyfikację ostateczną, która jest jedynym wiążącym dokumentem dla wykonawców składających oferty końcowe.

B. Następnym warunkiem zastrzeżonym w treści specyfikacji jest obowiązek rezerwacji podstawowych urządzeń instalacji dla każdego kotła. Mając na uwadze cenę zaproponowaną przez wykonawcę Strabag można stwierdzić, że oferta wykonawcy Strabag w części technicznej nie uwzględnia tego wymogu. W ocenie protestującego nie jest spełniony warunek 100% rezerwy podstawowych urządzeń, co jest sprzeczne ze specyfikacją części technicznej punkt 4.3.3.2.2 tj. oferta wykonawcy Strabag nie przewiduje 2 ilości np. pomp, instalacji wtrysku reagenta etc. tym samym nie gwarantujące 100% rezerwy podstawowych urządzeń.

Ponadto odwołujący w uzasadnieniu odwołania dodał:

C. Kolejnym faktem, którego w opinii odwołującego nie da się pominąć jest fakt wynikający z powyższego, mianowicie wymogi stawiane instalacjom rozładunku, magazynowania, transportu oraz dozowania wody amoniakalnej. Bardzo zastrzone wymogi w tym zakresie, co zostało przedstawione w załączniku nr 15 nie mogą pozostać bez wpływu na cenę końcową, a mając na uwadze cenę zaproponowaną przez wykonawcę Strabag można stwierdzić, że oferta wykonawcy Strabag w części technicznej nie uwzględnia tych wymogów, niezależnie czy były one wymienione w specyfikacji, czy też nie.

3. Złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę, obowiązek wykluczenia wykonawcy

W myśl art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień ogłoszenia o zamówieniu „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania”. Przesłankami wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu są: (1) złożenie nieprawdziwych informacji oraz (2) wpływ nieprawdziwych informacji na wynik prowadzonego postępowania, które to przesłanki muszą być spełnione łącznie.

Zgodnie z ogłoszeniem o przetargu oraz specyfikacją przedstawioną przez zamawiającego, zamawiający wskazał, że kryteriami oceny ofert będą: (1) cena ofertowa brutto oraz (2) zużycie mediów.

Zamawiający po otwarciu ofert, wiedząc doskonale, jaka modernizacja jest wymagana zgodnie ze specyfikacją i jakie urządzenia będą instalowane przez wykonawców (ponieważ specyfikacja w tej kwestii została skonstruowana dosyć jednoznacznie) ma pełną świadomość konsumpcji energii elektrycznej przez metody katalityczne. Biorąc pod uwagę zużycie energii elektrycznej wskazane przez wykonawcę Strabag i porównując je z zapotrzebowaniem na energię elektryczną urządzeń właściwym katalizatorom, zamawiający winien wykluczyć wykonawcę Strabag z postępowania, wobec podania przez wykonawcę Strabag nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Składanie nieracjonalnych danych dotyczących zużycia energii elektrycznej, w sytuacji gdzie im mniejsze zużycie tym większa liczba przyznanych punktów, powoduje, że wykonawcy podający nieprawdziwe informacje w celu uzyskania dodatkowych punktów wpływają w sposób nieuprawniony na wynik postępowania.

Zamawiający winien wszcząć odpowiednie postępowanie wyjaśniające i po jego przeprowadzeniu wykluczyć wykonawcę Strabag na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, jako wykonawcę podającego nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne i następnie jego ofertę odrzucić.

4. Zarzut naruszenia zasady jawności postępowania

Zasada jawności postępowania została ustanowiona w art. 8 ust. 1 Pzp i stanowi jedną z głównych zasad zamówień publicznych. Jawność postępowania jest podstawowym instrumentem w realizacji zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 7 Pzp, sprowadzającej się do nakazu, aby zamawiający przygotowywał i przeprowadzał postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Zasada jawności postępowania określona w art. 8 Pzp, oznacza dla wykonawcy prawo dostępu do informacji związanych z postępowaniem zawartych w protokole i załącznikach do protokołu.

Ograniczeniem zasady jawności jest nieudostępnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający jest zobowiązany do sprawdzenia i ewentualnego odtajnienia

zastrzeżonych dokumentów oferty nie później niż przed podaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zastrzeżenie przez wykonawcę Strabag całej części oferty technicznej, bezwzględnie było działaniem sprzecznym z postanowieniami specyfikacji, które recypowały dyspozycję art. 8 ust. 3 Pzp, pozwalające na zastrzeżenie jedynie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.) (dalej jako „ustawa Znk”). Potwierdzeniem faktu, że wykonawca Strabag nie przeanalizował swojej oferty technicznej i zastrzegł zawartość dla zasady by utrudnić innym wykonawcom weryfikację przez innych wykonawców. Potwierdzeniem faktu, że oferta wykonawcy Strabag została zastrzeżona bezprzedmiotowo, jest fakt doręczenia przez protestującego ogólnodostępnych materiałów dotyczących technologii dostarczanej przez wykonawcę Strabag i odtajnienie przez zamawiającego części oferty technicznej 15 listopada 2010 r.

Jednakże, w tym miejscu protestujący podkreśla, że z treści ujawnionej oferty technicznej wynika, że zamawiający błędnie zweryfikował ofertę wykonawcy Strabag pod względem występowania w niej informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec faktu, że specyfikacja dosyć szczegółowo zakreślała przedmiot zamówienia, rozwiązania techniczne muszą być na tyle ujednoczone, że niemożliwym jest twierdzenie, że części oferty technicznej mogą zawierać w sobie informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa.

Protestujący wnosi o ujawnienie pozostałej części oferty technicznej wykonawcy Strabag, celem umożliwienia jej pełnej weryfikacji pod kątem spełnienia warunków narzuconych przez specyfikację, o czym protestujący szerzej pisał do zamawiającego w tym w szczególności wnosił o ujawnienie całej strony 22 oferty wykonawcy Strabag – tabela dotycząca danych projektowych projektowanego katalizatora: w tym wartości przepływu spalin mokrych, na jaki został zaprojektowany katalizator zaoferowany w ofercie wykonawcy Strabag. Wartość ta powinna wynosić co najmniej 1.000.000 Nm³/h spalin mokrych. Parametr w tej tabeli nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z § 5 ust. 6 rozporządzenia „zamawiający udostępnia oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do wglądu lub przesyła ich kopie w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej albo unieważnienia postępowania”.

Oznacza to, że w postępowaniu zamawiający był zobowiązany zweryfikować oferty, w tym ofertę wykonawcy Strabag i udostępnić ją protestującemu nie później niż przed przesłaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednakże zamawiający uchybił temu przepisowi i ujawnił protestującemu część odtajnionej oferty technicznej 15 listopada 2010 r. Czyli 5 dni od przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Takie postępowanie zamawiającego naruszyło interes prawny protestującego, ponieważ został

wydatnie skrócony okres z 10 na 5 dni na analizę części dokumentacji wykonawcy Strabag i przygotowanie formalnego protestu dotyczącego niezgodności oferty wykonawcy Strabag z postanowieniami specyfikacji, w konsekwencji zamawiający bezpośrednio ograniczył możliwość wykorzystania środków ochrony prawnej.

Ponadto odwołujący w uzasadnieniu odwołania dodał:

Stanowi to też naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 Pzp. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający pominął fakt, że przepisy wykonawcze do art. 8 Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek udostępnienia zainteresowanemu wykonawcy oferty do wglądu w terminie przez siebie wyznaczonym nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Natomiast zamawiający przed dniem ogłoszenia wyboru najkorzystniejszej oferty 10 listopada 2010 r. nie udostępnił odwołującemu odtajnionej oferty wykonawcy Strabag, a jedynie wyznaczył termin udostępnienia na godzinę 10:00 w dniu 15 listopada 2010 r., czyli 5 (pięć) dni po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Z dyspozycji art. 7 Pzp wynikają dwie fundamentalne zasady dla prawa zamówień publicznych. Zasada równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (zasada równości) oraz zasada uczciwej konkurencji nakazująca zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Zasady te zostały naruszone przez zamawiającego. Zamawiający dokonując wyboru oferty niezgodnej z treścią specyfikacji zaprzeczył zasadzie równego traktowania, dopuszczając na równi do etapu oceny ofert wykonawcę, którego oferta powinna być odrzucona jako niezgodna ze specyfikacją. Ponadto zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji przez zróżnicowanie wymagań wobec wykonawców, tj. niezastosowanie wobec wykonawcy Strabag wymogu określonego w specyfikacji, stanowiącego że instalacja musi być zaprojektowana dla przepływu strumienia spalin mokrych na poziomie 1.000.000 Nm³/h.

Naruszenie tej zasady przez zamawiającego polega na nierzetelnej ocenie ofert i pominięciu weryfikacji spełniania kluczowego wymogu w ofertach technicznych dotyczącego przepływu spalin mokrych na poziomie 1.000.000 Nm³/h, co ma niebagatelny wpływ na rozmiar, a co za tym idzie cenę instalacji. W konsekwencji umożliwiło to wykonawcy Strabag, którego oferta techniczna nie spełnia tego wymogu uzyskanie zamówienia. Wynika z tego, że zamawiający nie dokonał oceny oferty na podstawie wymogów specyfikacji i treści złożonych w toku postępowania dokumentów – ofert, lecz na wyłącznie sobie znanych arbitralnych zasadach oraz w sposób nieuprawniony zamawiający arbitralnie odstąpił w przypadku oceny oferty wykonawcy Strabag od wymagań i kryteriów określonych w końcowej specyfikacji, w tym w szczególności kryterium określonym powyżej, co postawiło

wszystkich innych wykonawców, którzy złożyli oferty techniczne zgodne z nową specyfikacją, na z góry przegranej pozycji.

5. Zarzut rażąco niskiej ceny

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej z 3 marca 2009 r. można uznać, że ofertą z rażąco niską ceną jest oferta z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień (KIO/UZP 168/09). Oznacza to cenę w sposób znaczący odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W oparciu o kolejne orzeczenie KIO – rażąco niską cenę można określić jako taką cenę, która znacząco odbiega od cen rynkowych, wskazując tym samym, że jeżeli zaoferowana cena odbiega w sposób istotny od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia zamawiający ma obowiązek podjąć kroki określone w art. 90 Pzp (KIO/UZP 257/08 oraz KIO/UZP 258/08).

Rażąco niska cena odnosi się zarówno do wartości szacunkowej zamówienia, jak i do wartości pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający w celu stwierdzenia czy cena jest rażąco niska, powinien przeprowadzić porównanie jej z cenami rynkowymi podobnych zamówień i na podstawie otrzymanych wyników, jeżeli uzasadniają one podejrzenie świadomego zaoferowania rażąco niskiej ceny, powinno to skutkować wszczęciem przez zamawiającego procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 Pzp.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 14 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 794/08, o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp powinien decydować następujący wynik analizy ofert pod kątem: (1) szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, (2) porównanie z innymi złożonymi ofertami oraz (3) cen rynkowych. Istotne przy tym jest wystąpienie więcej niż jednego z elementów powodujących wątpliwości, aby wszcząć procedurę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

W świetle orzecznictwa przyjmuje się również, że punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: (1) wartość przedmiotu zamówienia, (2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu oraz (3) wiedza, (4) doświadczenie zawodowe i (5) rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego.

Nie ulega żadnym wątpliwościom, że cena zaproponowana przez wykonawcę Strabag odbiega od wszystkich kryteriów, które nakazują zamawiającemu wszczęcie procedury wyjaśniającej w aspekcie rażąco niskiej ceny.

A. Wartość przedmiotu zamówienia zamawiającego i kwota środków, jaką zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia wynosi 204.960.000,00 zł, co przy

zestawieniu z ofertą wykonawcy Strabag 92.880.573,96 zł, oznacza, że wykonawca Strabag pomimo, że wycena zamówienia była wykonywana przez zamawiającego w czasach dekonstrukcji, i tak zaproponował cenę niższą o 54,69% niższą od kosztorysu zamawiającego.

B. Nawet porównując ofertę wykonawcy Strabag z konkurencyjnymi ofertami, które oferują metody katalityczne, które ze względu na bardzo podobne założenia technologiczne wymagają podobnych nakładów finansowych, ewidentnie wskazują, że oferta wykonawcy Strabag jest rażąco niska. W porównaniu z ofertą wykonawcy Hitachi (229.970.000,00 zł) jest o 59,61% niższa, w porównaniu z ofertą wykonawcy PBG (210.084.000,00 zł) jest o 55,78% niższa, w porównaniu z ofertą wykonawcy Rafako (182.987.800,00 zł) jest o 49,24% niższa. Powyższe wskazuje, że rzeczywista konkurencja cenowa przy metodach katalitycznych oscyluje w przedziale od 182.987.800,00 zł do 229.970.000,00 zł, a oferta wykonawcy Strabag, która reprezentując podobne rozwiązania technologiczne – katalizatory – odbiega od kalkulacji pozostałej konkurencji. O ile można jeszcze zaakceptować i spróbować tłumaczyć konkurencję cenową na poziomie 10%-20% w zamówieniach w sektorze energetycznym, co jest i tak bardzo trudne, ze względu na specyfikę prac i wymaganych kwalifikacji, o tyle nie ma żadnego uzasadnienia logicznego i merytorycznego oferty wykonawcy Strabag, która jest rynkowo zaniżona nawet od prawie 60% do 50% w stosunku do cen zaproponowanych przez innych wykonawców, to tylko utwierdza w przekonaniu, że cena zaoferowana przez wykonawcę Strabag jest ceną rażąco niską w myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

C. Komisja przetargowa posiada odpowiednią wiedzę, doświadczenie zawodowe i rozeznanie warunków rynkowych, których przedmiotem są tak specyficzne zamówienia, a także posiadają doskonałą wiedzę z faktu z przeprowadzenia identycznego przetargu przez zamawiającego w Elektrowni Jaworzno III, które zakończyło się wyborem oferty wykonawcy Fortum oferującego technologię nie katalityczną, gdzie zwycięska oferta wykonawcy Fortum opiewała na kwotę prawie 274.000.000 zł (instalacja dla 6 kotłów), co jest zbieżne cenowo z ofertami wykonawców Hitachi, PBG i Rafako złożonymi w rozpoznawanym postępowaniu (pomimo zaoferowania diametralnie różnych technologii, co jednoznacznie wskazuje na cykl dekonstrukcyjny).

Oferta wykonawcy Fortum jako najkorzystniejsza została wybrana przez zamawiającego w lipcu 2010 r. i w pełni odzwierciedla realne ceny rynkowe, które umożliwiają wykonanie instalacji do redukcji NOx zgodnie ze specyfikacją. Komisja przetargowa doskonale wie, że instalacja redukcji katalitycznej NOx (katalizatory) nie jest nowym rozwiązaniem technologicznym, którego zastosowanie wymaga dostarczenia katalizatorów będących istotnym elementem cenotwórczym w ofertach, ponadto jest rozwiązaniem znacząco droższym od rozwiązań opartych na metodach pierwotnych oraz wtórnych niekatalitycznych.

Przedmiot zamówienia, jest instalacją skomplikowaną i wymaga przede wszystkim zaangażowania wykonawców wykwalifikowanych, specjalistycznych biur projektowych, specjalistów rzadkich specjalności oraz wysoko wykwalifikowanych pracowników, co w głównej mierze podnosi koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający zdaje sobie sprawę, że modernizacją bloków energetycznych nie zajmie się każda firma – podwykonawca części robót budowlanych, a wstęp na teren elektrowni zamawiającego będą miały tylko firmy profesjonalne dające rękojmię rzetelnego wykonania zlecenia oraz niespowodowania katastrofy budowlanej, a przede wszystkim ekologicznej, nie mówiąc już o przerwaniu pracy bloku energetycznego i produkcji energii. Zamawiający zdaje sobie sprawę, że oferta wykonawcy Strabag z ceną 92.880.573,96 zł nie daje żadnej rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia na należyłym poziomie, ponieważ w przeciwnym razie wycenę zamawiającego na poziomie 204.960.000,00 zł należałoby uznać za wątpliwą.

Wiele elementów zaoferowanego wyposażenia takiego jak: pompy, wentylatory, analizatory, aparatura kontrolno-pomiarowa i sterująca, systemy monitoringu, patrząc przez pryzmat bezwzględnej konieczności ich zastosowania zgodnie ze specyfikacją oraz zaoferowaną technologią, ich cen na światowych rynkach oraz ze względu na fakt, że nie całe wyposażenie może być dostarczone przez polskich dostawców oraz na ich istotną pozycję w kosztorysie powoduje, że nie jest możliwe nadzwyczajne obniżenie ich ceny bez uszczerbku na jakości i wykonaniu, czy zastąpienia ich tańszymi odpowiednikami.

Przy pracach budowlanych, ze względu na ich specyfikę oraz specjalizację nie są możliwe globalne zakupy, na których potencjalnie można byłoby uzyskać jakiegokolwiek rabaty, o czym zamawiający powinien widzieć przeprowadzając przetarg.

Cena zaoferowana przez wykonawcę Strabag jest ceną rażąco niską ponieważ w istotny sposób odbiega od oszacowania dokonanego przez zamawiającego (o 54,69%), od konkurencyjnych ofert dostawców katalizatorów, którzy złożyli oferty w przetargu (od 59,61 do 49,24%), jak również biorąc pod uwagę doświadczenie komisji przetargowej zamawiającego oraz faktu rozstrzygnięcia przez niego podobnego przetargu w Elektrowni Jaworzno III. Ewidentnym jest, że nie będzie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z specyfikacją techniczną za cenę zaoferowaną przez wykonawcę Strabag.

Technologia zaoferowana przez wykonawcę Strabag nie jest technologią innowacyjną, oryginalną, gdyż oparta jest na technologii katalitycznej funkcjonującej od wielu lat. Instalacja taka nie pozwala na osiągnięcie oszczędności na samej metodzie jej wykonania. Rozwiązania techniczne i duża część wyposażenia obowiązkowego została określona przez zamawiającego, wobec czego nie jest możliwym jego modyfikacja lub zastępowanie, które umożliwiłoby jakiegokolwiek drastyczne oszczędności, jak również ze względu na specyfikę

charakteru robót i ich zakres, wykonawca nie może liczyć na jakiegokolwiek sprzyjające warunki wykonania zamówienia.

Protestujący nie ma dostępu do pełnej oferty technicznej wykonawcy Strabag, ponieważ została ona zastrzeżona przez wykonawcę Strabag jako tajemnica przedsiębiorstwa zgodnie z przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zamawiający nie udostępnił protestującemu wszystkich informacji, które umożliwiłyby mu wykonanie analizy przez biegłego wszystkich elementów oferty wykonawcy Strabag.

Jednakże, mając na uwadze obligatoryjne elementy i wymagania wykonania zakresu i sposobu wykonania przedmiotu zamówienia narzucone przez zamawiającego w specyfikacji, które muszą być wykonane przez każdego potencjalnego zwycięzcę przetargu, pozwalają na wykonanie kalkulacji cen min.: prac projektowych, robót budowlanych, dostawy niezbędnych urządzeń, w tym najdroższego elementu oferty wykonawcy Strabag, jakim są katalizatory.

Kalkulacja, którą przedstawia protestujący w załączeniu do protestu obrazuje metodą porównawczą rażąco rozbieżności cenowe. Załączona analiza jednoznacznie i dobitnie wskazuje, że oferta wykonawcy Strabag w kwocie 92.880.573,96 zł, mając na uwadze metodę katalityczną, jest ofertą z rażąco niską ceną, nie znajdującą żadnego logicznego i merytorycznego uzasadnienia.

Zamawiający nie przeprowadził porównania i analizy poszczególnych elementów cenotwórczych przedmiotu zamówienia oraz okoliczności zawartych w ofercie wykonawcy Strabag, które wpłynęły na dokonaną przez wykonawcę ich wycenę. Ponadto zamawiający nie zwrócił uwagi na fakt, że zakres robót budowlanych przeprowadzanych na instalacjach energetycznych, w tym na kotłach, jest znacznie bardziej pod względem technicznym złożony i czasochłonny oraz wymaga udziału wyspecjalizowanych firm, inaczej niż w zamówieniach dotyczących budowy chociażby dróg i autostrad, gdzie generalni wykonawcy są w stanie wykonywać takie prace przy pomocy firm budowlanych, świadczących proste nieskomplikowane usługi budowlane, bez konieczności posiadania specjalistycznie wykwalifikowanej kadry, co ma niebagatelny wpływ na koszty wykonania.

Ponadto odwołujący w uzasadnieniu odwołania dodał:

Technologia SCR zaproponowana przez wykonawcę Strabag jest powszechnie znana i stosowana przez szereg firm. W klasycznych rozwiązaniach z tej rodziny konieczne jest zbudowanie reaktora katalitycznego pomiędzy drugim ciągiem kotła, a obrotowym podgrzewaczem powietrza (OPP) lub pomiędzy OPP, a kominem. Obydwa rozwiązania generują bardzo wysokie koszty inwestycyjne, czego przykładem są złożone przez konkurencyjne konsorcja oferty na metody katalityczne.

W związku z powyższym jedyną innowacją mogącą pozornie prowadzić do redukcji kosztów konstrukcyjnych byłoby zamontowanie katalizatora wewnątrz kotła, w okolicach

podgrzewacza wody lub wylotu z kotła, na co może wskazywać treść częściowo udostępnionej przez zamawiającego, 15.11.2010 r., oferty nr J09056.

Rozwiązanie takie, choć z pozoru tańsze, pociąga za sobą szereg dodatkowych komplikacji. Pierwszą z nich jest prawdopodobna konieczność modyfikacji lub całkowitej przebudowy podgrzewacza wody, co wiąże się z bardzo wysokimi kosztami, zarówno projektowymi jak i materiałowymi oraz montażowymi.

Kolejną komplikacją być może nawet bardziej brzemiennej w skutkach jest dociążenie konstrukcji kotła dodatkową masą katalizatora, konstrukcji wsporczych warstw katalitycznych, konstrukcjami umożliwiającymi remontowalność reaktora, konstrukcjami dodatkowymi w postaci siatki zraszania itp. oraz siłą wynikającą z oporu stawianego przez katalizator na drodze spalin. W związku z powyższym wydaje się konieczne wzmocnienie konstrukcji nośnej kotła przez wzmocnienie kolumn nośnych kotłowni, legarów wieszakowych kotła, podciągów i prawdopodobnie fundamentów. Konieczna może się również okazać wymiana zawieszek stałościowych w celu umożliwienia prawidłowego zawieszenia drugiego ciągu kotła obciążonego dodatkowymi konstrukcjami.

Wyżej wymienione potencjalne trudności każą przypuszczać, że rzeczywisty koszt końcowy wykonania prac będzie o wiele wyższy niż cena oferty zaproponowanej przez wykonawcę Strabag. Zamawiający nie przeprowadził porównania i analizy poszczególnych elementów cenotwórczych przedmiotu zamówienia oraz okoliczności zawartych w ofercie wykonawcy Strabag, które wpłynęły na dokonaną przez wykonawcę ich wycenę. Ponadto zamawiający nie zwrócił uwagi na fakt, że zakres robót budowlanych przeprowadzanych na instalacjach energetycznych, w tym na kotłach, jest znacznie bardziej pod względem technicznym złożony i czasochłonny oraz wymaga udziału wyspecjalizowanych firm, inaczej niż w zamówieniach dotyczących budowy chociażby dróg i autostrad, gdzie generalni wykonawcy są w stanie wykonywać takie prace przy pomocy firm budowlanych, świadczących proste nieskomplikowane usługi budowlane, bez konieczności posiadania specjalistycznie wykwalifikowanej kadry, co ma niebagatelny wpływ na koszty wykonania.

Wykonawca Strabag składając ofertę umyślnie zaoferował cenę poniżej wartości wykonania przedmiotu zamówienia, która to cena jest rażąco niską ceną uniemożliwiającą należyte i rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji i z tych powodów po przeprowadzeniu przez zamawiającego postępowania w trybie art. 90 Pzp, oferta wykonawcy Strabag powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Istotnym wyznacznikiem prawdziwości i rzetelności wyjaśnień wykonawcy Strabag w zakresie danej ceny ofertowej, przypadku powinno być porównanie oferty wykonawcy Strabag do realizacji innych, podobnych inwestycji czy usług przy ponoszonych podobnych

nakładach w odniesieniu do zakresu i złożoności danej roboty budowlanej, dostawy czy usługi jakim jest rozstrzygnięty przez zamawiającego przetarg w lipcu 2010 r., w jego innym zakładzie – Elektrowni Jaworzno III, gdzie najkorzystniejsza oferta cenowa za dokonanie modernizacji w celu redukcji NOx złożona przez zwycięskiego wykonawcę FORTUM wyniosła 274.000.000 zł. Dość wnikliwie odniósł się do tego skład orzekający KIO w wyroku z 12 sierpnia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 963/09.

Niewiarygodne wręcz rozbieżności cenowe i rażąco niska cena wykonawcy Strabag. Dokumentacja przetargowa i zawartość oferty wykonawcy FORTUM znajduje się przecież w posiadaniu zamawiającego i ma doskonałą nieskrępowaną możliwość rzetelnego porównania ofert dostawców rozwiązań katalitycznych z niekatalitycznymi. Ponadto zamawiający jest świadomy z faktu, że w tym roku został również rozstrzygnięty przetarg na dostawę kompletnej i nowoczesnej katalitycznej instalacji odazotowania spalin dla kotłów OP-430 nr K-10, K-14 i K-15 oraz OP-380 nr K-11 zainstalowanych w Elektrociepłowni Siekierki, należącej do Vattenfall Heat Poland SA, obniżającej średnio-godzinowy poziom emisji NOx do wartości 180 mg/Nm³ (w przeliczeniu na NO₂ przy zawartości O₂ w spalinach suchych 6%), gdzie cena zwycięskiego wykonawcy Hitachi wyniosła 170.190.000.00 zł.

Mając na uwadze, że cena 170.190.000,00 zł została zaproponowana na wykonanie instalacji na 4 blokach energetycznych, tyle że znacznie mniejszych niż bloki OP-650 znajdujące się u zamawiającego, (co powoduje, że zakres prac u zamawiającego jest odpowiednio większy i cena odpowiednio byłaby większa). Tym bardziej ewidentnym jest zaproponowanie rażąco niskiej ceny przez wykonawcę Strabag w odniesieniu do realnych cen wykonawców dostarczających metody katalityczne wybranych w przetargach publicznych w tym roku. Nie bez znaczenia pozostaje tutaj również fakt, że w tym samym przetargu wykonawca Strabag złożył ofertę na kwotę 319.208.642,10 zł, t.j. o około 87% wyższą niż cena zwycięskiego wykonawcy Hitachi. Protestujący nie może zatem pozostać biernym na takie rozbieżności i protestując wykazuje „dumping cenowy”, które zaoferował wykonawca Strabag.

		Strabag	Hitachi
Vattenfall Siekierki	3 x Op-430 + 1 x Op-380 ilość ton pary/h: 1 670	319.208.642,10 zł	170.190.000,00 zł
PKE Łaziska	4 x Op-650 ilość ton pary/h: 2 600	92.880.573,96 zł	229.970.000,00 zł

Gdyby polityka wykonawcy Strabag opierała się tylko i wyłącznie na zasadach konkurencji, cena oferty w przedmiotowym postępowaniu powinna oscylować na poziomie 496.000.000,00 zł. Uwzględniając nawet bardzo agresywną politykę cenową nie można w racjonalny sposób wytłumaczyć obniżki ceny w ujęciu jednostkowym o 535%.

6. Czyn nieuczciwej konkurencji

Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji, lecz w tym zakresie odsyła do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa ta wskazuje w art. 15 ust. 1, że do jednego z przykładów czynów nieuczciwej konkurencji zalicza się czyn polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, wskazując na otwarty katalog przejawów takich działań, przy czym podane wyliczenie ma charakter jedynie przykładowy. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Utrudnianie dostępu do rynku pokrywa się z pojęciem „utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej”. W toku postępowania zamawiający jest zobowiązany do dołożenia należytej staranności w celu zachowania uczciwej konkurencji. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z 25 stycznia 2006 r., zamawiający obowiązany jest eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź naruszające postanowienia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Czyn nieuczciwej konkurencji, aby spełniał ustawowe przesłanki definicji, powinien być działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Ponadto, jeżeli działania przedsiębiorcy nie wynikają z istoty konkurencji, lecz mają na celu utrudnienie dostępu do rynku za pomocą środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią czyn nieuczciwej konkurencji.

W toku prowadzonego postępowania wykonawca Strabag złożył ofertę końcową, opiewającą na cenę 92.880.573,96 zł. W ocenie protestującego obecne możliwości techniczne, właściwe dla rynku energetycznego, dotyczące metod katalitycznych ze względu na istotny koszt katalizatorów, uniemożliwiają zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaproponowaną przez wykonawcę Strabag.

Powoduje to, że przedsiębiorcy składający realne oferty cenowe gwarantujące rzetelne i zgodne ze specyfikacją wykonanie przedmiotu zamówienia, w których przyjęte kalkulacje stanowią przejaw rzetelnego podejścia do obowiązujących realiów rynkowych i technicznych, są automatycznie wykluczeni z możliwości uzyskania zamówienia (jak w przypadku protestującego), gdyż w celu konkurowania z ofertą zawierającą sztucznie zaniżoną w sposób rażący cenę, musieliby sztucznie również zaniżyć w sposób nierynkowy cenę, która

jest kryterium wpływającym na sposób oceny oferty. Sztuczne zaniżanie ceny (dumping) przez wykonawcę Strabag powinno prowadzić do odrzucenia oferty z powodu zaistnienia przesłanki ceny zaniżonej w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poniżej kosztów wytworzenia. Tym samym oferta uwzględniająca realne warunki techniczne, finansowe i gwarancyjne nie może rywalizować z ofertą wykonawcy Strabag, w której doszło do zaniżenia ceny znacząco poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, jeżeli chodzi o metody katalityczne. Zaniżanie ceny ofertowej, której to dane nie bronią się w żaden racjonalny sposób (mające bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej) w stopniu znaczącym utrudnia innym przedsiębiorcom ubieganie się o zamówienie, żeby wręcz nie powiedzieć wyklucza wykonawców podających realne uzasadnione ceny oraz techniczne i naukowe dane, ograniczając w ten sposób dostęp do rynku (w konkretnym przypadku – zamówień publicznych), a tym samym stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający powinien mieć na uwadze, czy publiczne środki pieniężne nie są wydatkowane na zamówienie publiczne, którego realne wykonanie przy zaoferowanej cenie jest niewykonalne w myśl obecnego stanu wiedzy technicznej i niezbędnych nakładów finansowych i może wręcz grozić fiaskiem całej inwestycji i zmarnotrawieniem publicznych pieniędzy.

Zamawiający, będący profesjonalistą w branży energetycznej powinien, dbając o zasadność wydatkowania środków publicznych, otrzymując cenę w ofercie wykonawcy Strabag, co najmniej ją zweryfikować pod względem naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, skoro zaoferowana cena przez wykonawcę Strabag jest o kilkadziesiąt procent niższa od ofert cenowych innych wykonawców (Hitachi, Rafako, PBG), jak również jest o dwukrotnie niższa od dopiero co rozstrzygniętych przetargów na identyczne instalacje w lipcu 2010 r. przez zamawiającego w Elektrowni Jaworzno III (wykonawca Fortum) czy wykonawca Vattenfall Heat Poland SA, gdzie wybrana została oferta wykonawcy Hitachi, która za znacznie mniejszą instalację na 4 blokach energetycznych opiewała na 170.190.000 zł.

Czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 ustawy Znk wpisuje się w klauzulę generalną wyrażoną w art. 3 ust. 1 ustawy Znk, która wskazuje, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Przepis ogólny, jakim niewątpliwie jest art. 3 ustawy Znk oraz następane szczegółowe, w tym art. 15 ust. 1, uzupełniają się i mogą być stosowane kumulatywnie (tak SN w wyroku z 16 kwietnia 2009 r., sygn. I CSK 24/09). Natomiast art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy Znk stanowi wprost, że utrudnianiem innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, jest również w szczególności działanie mające na celu wymuszenie na klientach (w tym przypadku na zamawiającym) wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy (w tym przypadku wykonawcy Strabag). Wykonawca Strabag

składając ofertę w postępowaniu i podając umyślnie rażąco niską cenę dopuścić się właśnie takiego czynu nieuczciwej konkurencji.

Czyn ten również wyczerpuje dyspozycję art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy Znk polegający na ograniczeniu w istotny sposób możliwości dokonania zakupu u innego niż wykonawca Strabag przedsiębiorcy jak np. protestującego). W ocenie protestującego sztuczne i świadome proponowanie cen dumpingowych przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie i dokładnie znającego realia rynku energetycznego, jest sprzeczne z szeroko pojętymi dobrymi obyczajami, jako że profesjonaliści powinni operować danymi, które znajdują oparcie w obowiązujących realiach technicznych i są w stanie je udowodnić, a ponadto niewątpliwie zagraża uzasadnionym interesom innych przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie i podających rzeczywiste dane realizacji inwestycji, umożliwiające rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia, w konsekwencji powodując ich wykluczenie z rynku zamówień. Zaproponowanie przez wykonawcę Strabag ceny poniżej kosztów wykonania, które jest istotnym kryterium wyboru ofert jest niewątpliwie czynem nieuczciwej konkurencji mającym na celu eliminację innych wykonawców z uzyskania zamówienia. Podawanie przez wykonawcę Strabag niewykonalnych danych zużycia energii elektrycznej nie może wynikać jedynie z polityki prowadzonej przez wykonawcę Strabag i musi być przede wszystkim prawdziwe i możliwe do spełnienia. Tym samym, protestujący wskazuje, że oferta zawierająca zaniżoną rażąco cenę (co bezpośrednio ma wpływ na proces wyboru oferty najkorzystniejszej, waga ceny 60%), nie powinna podlegać czynności oceny, lecz zostać odrzucona zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający po dokładnej analizie założeń technicznych powinien odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 Pkt 2 Pzp ofertę wykonawcy Strabag, jako niezgodną z treścią specyfikacji i wybrakowaną i niegwarantującą z technicznego punktu widzenia osiągnięcia wymagań instalacji do redukcji NOx oraz odrzucić na podstawie pozostałych przytoczonych przepisów, ponieważ przesłanki uzasadniające ich zastosowanie spełniły się w rozpoznawanym postępowaniu o zamówienie publiczne.

22.11.2010 r. zamawiający powiadomił wykonawców faksem o wniesieniu protestu.

25.11.2010 r. wykonawca Strabag zgłosił przystąpienie do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu.

29.11.2010 r. zamawiający oddalił protest w całości.

Argumentacja zamawiającego

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. niezgodności oferty wykonawcy Strabag z treścią specyfikacji zamawiający stwierdza iż:

A. W specyfikacji zostały podane następujące informacje:

- załącznik nr 2 do oferty (Rozdział II specyfikacji): zamawiający podał wydajność kotła, dla której wykonawca powinien określić zużycie poszczególnych mediów: „Dane do kalkulacji kosztów eksploatacyjnych dla jednej instalacji przy wydajności kotła 650 t/h pary pierwotnej”,
- punkt 3.2.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego: zamawiający podał zakres możliwej pracy kotła „obecnie w warunkach eksploatacyjnych jest możliwość pracy kotła w zakresie obciążeń 360-700 t/h (przy wyłączonych palnikach olejowych)”,
- punkt 3.2.1.8 Programu Funkcjonalno-Użytkowego: zamawiający podał parametry spalin przed LUV0:

Zawartość O₂ – 3,8-6,3%

Zawartość CO₂ – 12,9-15,2%

Zawartość H₂O – średnio 8,0%

Zawartość SO₂ przy O₂ = 6% – 1000-4100 mg/m³_u

Zawartość CO przy O₂ = 6% – 10-200 mg/m³_u

Zawartość HCl+HF przy O₂ = 6% – 120-240 mg/m³_u

Zapyłania spalin przed elektrofiltrem – 10-35 g/m³_u

Przepływ spalin suchych – 360 000-750 000 Nm³/h

W trakcie postępowania – w odpowiedzi na pytania wykonawców do treści specyfikacji, zamawiający (pismem z 25.02.2010 r.) uzupełnił dane dotyczące wartości przepływu spalin w sposób następujący: „strumień spalin mokrych na wylocie z II ciągu kotła w zależności od obciążenia kotła i jakości paliwa wynosi od 450 000 Nm³/h do 1 000 000 Nm³/h przy gęstości 1,31 kg/Nm³, temperaturze spalin wynoszącej od 290 do 345°C oraz zawartości O₂ wynoszącej od 2,5 do 5,3%”. W specyfikacji będącej podstawą do złożenia ofert dane te zostały wprowadzone do punktu 3.2.1.8 Programu Funkcjonalno-Użytkowego,

W odpowiedzi na pytania wykonawców (pismem z 02.07.2010 r.) zamawiający przedstawił następujące informacje odnośnie strumienia spalin mokrych (w warunkach umownych) za elektrofiltrem na bloku nr 9 (odpowiedź nr 1):

Moc [MW]	OPP1	OPP2	OPP3
220	359000	284000	380000
180	288000	278000	307000
150	180000	267000	222000
120	139000	257000	185000

Zawartość wilgoci w gazie – ok. 6,3%.

Zgodnie z powyższymi informacjami, maksymalny strumień spalin mokrych, czyli wartość 1 000 000 Nm³/h nie odnosi się do wydajności kotła 650 t/h. Zamawiający opisał w punkcie 3.2 Programu Funkcjonalno-Użytkowego szczegółowo konstrukcję kotła OP-650k oraz układ

przepływowo spalin. Rozwiązanie techniczne kotła umożliwia jego pracę w szerokim zakresie zmian wydajności co przedstawiono w pkt 3.2.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz przy zmiennych parametrach paliwa przedstawionych w pkt 2.2.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego. W związku z tym wykonawca powinien podać dane do kalkulacji kosztów eksploatacji dla wydajności 650 t/h pary pierwotnej, zgodnie z wymaganiami zamawiającego (załącznik nr 2 do oferty – Rozdział II specyfikacji – „Dane do kalkulacji kosztów eksploatacyjnych dla jednej instalacji przy wydajności kotła 650 t/h pary pierwotnej”).

Dane dotyczące przepływu spalin mokrych przedstawione w punkcie 3.2.1.8 Programu Funkcjonalno-Użytkowego, są danymi które wykonawca powinien uwzględnić przy określaniu przepustowości instalacji deNOx. Przepustowość instalacji w tym znaczeniu powinna być przygotowana do przyjęcia ilości spalin na poziomie 1 000 000 Nm³/h.

Dane o strumieniu spalin mokrych za elektrofiltrem zawarte w piśmie z 02.07.2010 r. (odpowiedź nr 1) miały służyć wykonawcy do oceny stanu technicznego kotła i urządzeń pomocniczych oraz do określenia konieczności modernizacji lub wymiany istniejących wentylatorów spalin. Ponadto podany strumień spalin za elektrofiltrem powiększony jest o dodatkowe ilości powietrza przysane przez nieszczelności na obrotowym podgrzewaczu powietrza oraz nieszczelności elektrofiltru i kanałów spalin. Dlatego też wartości te służyć mogą jedynie jako uzupełnienie wiedzy wykonawcy o stanie technicznym kotła oraz urządzeń pomocniczych. W żadnym wypadku nie są to dane założeniowe dla obliczenia zużycia poszczególnych mediów i nie można ich uznać, że są to wartości tożsame z ilością spalin podaną w punkcie 3.2.1.8 Programu Funkcjonalno-Użytkowego.

Wszystkie przytoczone powyżej dane zawarte w specyfikacji nie oznaczają, że do określenia zużycia reagenta powinno się przyjąć ilość spalin na poziomie 1 000 000 Nm³/h. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do oferty (Rozdział II specyfikacji) wykonawca powinien uwzględnić ilość spalin, która odpowiada wydajności kotła równej 650 t/h.

Według wymagań podanych przez zamawiającego, wykonawca powinien do obliczeń kosztów eksploatacji przyjąć następujące założenia:

- wydajność kotła: 650 t/h – zgodnie z załącznikiem nr 2 do formularza oferty,
- stężenie NOx – poziom wyjściowy poniżej 450 mg/m³ dla O₂ = 6% – zgodnie z punktem 3.2.3 PFU,
- żądany poziom NOx ≤ 190 mg/m³_u „dla O₂ = 6% – zgodnie z przedmiotem zamówienia (Kontraktu),
- gwarantowane średnio-godzinowe stężenie NH₃ w spalinach ≤ 5 mg/m³_u dla O₂ = 6% – zgodnie z punktem 5.4 PFU.

Zużycie reagenta w bezpośredni sposób zależy od ilości spalin, których ilość wynika z wydajności kotła i jakości paliwa. W związku z powyższym błąd protestującego wynika ze złe przyjętego założenia dotyczącego ilości spalin.

Ponadto należy podkreślić, że postanowienie pkt 14.4.10 Rozdziału IV specyfikacji – Kontrakt stanowią że w przypadku przekroczenia zagwarantowanych przez wykonawcę w ofercie wartości zużycia mediów ponosi on konsekwencje w postaci kar umownych z tytułu ewentualnego niedotrzymania gwarantowanych w ofercie wartości.

Dlatego zarzuty protestującego wobec zamawiającego dotyczące oferty wykonawcy Strabag odnośnie zużycia reagenta zamawiający uważa za nieuzasadnione.

B. Oferta wykonawcy Strabag spełnia wymóg rezerwacji podstawowych urządzeń instalacji dla każdego kotła, co dodatkowo zostało potwierdzone pismem wykonawcy Strabag z 03.09.2010 r. będącym odpowiedzią wykonawcy Strabag na żądanie zamawiającego o przedstawienie dodatkowych wyjaśnień związanych z ofertą. Zamawiający uzyskał pełną informację dotyczącą wymogu rezerwacji podstawowych urządzeń.

Dlatego zarzuty protestującego zawarte w proteście dotyczące braku 100% rezerwy podstawowych urządzeń instalacji dla każdego kotła zamawiający uważa za nieuzasadnione.

Odnosząc się do zarzutu nieodrzczenia przez zamawiającego oferty wykonawcy Strabag z uwagi na rażąco niską cenę, jaką przedstawił wykonawca Strabag w swojej ofercie, zamawiający informuje, że w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 Pzp pismem nr TR/RP/994/2010 z 09.09.2010 r. zwrócił się do wykonawcy Strabag o podanie wyjaśnień odnośnie podanej w ofercie ceny, która wydała się zamawiającemu zbyt niska.

Zdaniem zamawiającego udzielona przez wykonawcę Strabag odpowiedź złożona na piśmie z 15.09.2010 r., której treść wykonawca Strabag zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, nie daje podstawy do twierdzenia, że podana przez wykonawcę Strabag w ofercie cena nosi znamiona rażąco niskiej ceny. W piśmie tym stwierdzono, że zaproponowana cena jest pochodną zastosowania oryginalnej technologii pozwalającej na znaczne zmniejszenie nakładów materiałowych oraz montażowych. Podobna instalacja do tej, którą zaoferował zamawiającemu, jak twierdzi wykonawca Strabag, została przez niego wybudowana i jest całkowicie sprawna. Dodatkowo wykonawca Strabag podkreślił, że jego oferta została oparta na wiążących ofertach materiałowych i dostaw urządzeń od jego dostawców.

Zdaniem zamawiającego wykonawca Strabag w sposób wystarczająco przekonujący uzasadnił wysokość podanej przez siebie ceny ofertowej powołując się na obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia i wybrane rozwiązania techniczne.

Wielokrotnie w orzecznictwie wskazywano, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna,

oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). O rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 29 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 466/08). Tymczasem w swoim wyjaśnieniu wykonawca Strabag potwierdził, że uwzględnił zysk w cenie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający podkreśla też, że odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną nie jest wystarczające (wyrok KIO z 21 lipca 2008 r. sygn. akt; KIO/UZP 691/08). Cena rażąco niska jest to cena nierealistyczna, która uniemożliwia w sposób całkowicie bezsporny wykonanie przedmiotu zamówienia przez konkretnego wykonawcę w konkretnych warunkach gospodarczych, technologicznych i organizacyjnych. Za cenę rażąco niską należy zatem uznać cenę nierealną i nieadekwatną do przedmiotu zamówienia w obiektywnym tego słowa znaczeniu (wyrok KIO z 24 czerwca 2010 r. sygn. akt. KIO/UZP 1135/10, 1136/10).

Dlatego zarzut protestującego wobec zamawiającego dotyczący nieodrzczenia oferty wykonawcy Strabag z uwagi na rażąco niską cenę zamawiający uważa za nieuzasadniony.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, tj. podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania zamawiający stwierdza, że gwarantowane wielkości zużycia energii elektrycznej podane przez wykonawcę Strabag są wartościami wynikającymi z zastosowanej przez tego wykonawcę technologii. Zamawiający uznaje, że wartości podane we wszystkich ofertach są wartościami wiarygodnymi i prawdziwymi oraz zgodnymi z zapotrzebowaniem na energię elektryczną dostarczonych urządzeń wchodzących w skład oferowanych technologii. Zgodnie z załącznikiem nr 3 do Kontraktu, punkt 9 (Rozdział IV specyfikacji), zamawiający wymagał określenia średniego dobowego zużycia energii elektrycznej (kW/h) dla części wspólnej (węzeł rozładunku i magazynowania) oraz dla instalacji na poszczególnych blokach. Ponadto, w załączniku nr 7 do Kontraktu (Rozdział IV specyfikacji) punkt 2.4 Metodyka pomiarów podpunkt 27 opisany został sposób pomiaru zużycia energii elektrycznej (odczyty stanów liczników energii elektrycznej zamontowanych na rozdzielniach). Jednoznacznie wynika z tego, że zamawiający wymagał podania zużycia energii dla całości instalacji wraz ze wszystkimi zastosowanymi urządzeniami również z urządzeniami oświetleniowymi i ochronnymi przed zamarzaniem itp.

Ponadto postanowienia pkt 14.4.15 Kontraktu (Rozdział IV specyfikacji) stanowią, że w przypadku przekroczenia gwarantowanych w ofercie przez wykonawcę wartości zużycia energii elektrycznej wykonawca ponosi konsekwencje w postaci kar umownych z tytułu ewentualnego niedotrzymania tych wartości.

Dlatego zarzuty protestującego wobec zamawiającego dotyczące oferty wykonawcy Strabag odnośnie zużycia energii elektrycznej zamawiający uważa za nieuzasadnione.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 2 Pzp, tj. zasady jawności postępowania, należy stwierdzić, że zamawiający pismem z 01.10.2010 r. nr TR/RP/1056/2010/2299 zwrócił się do wykonawcy Strabag o potwierdzenie informacji, czy wymienione w ww. piśmie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 2010 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz poinformował wykonawcę Strabag o zamiarze odtajnienia części jego oferty zastrzeżonej jako „tajemnica przedsiębiorstwa”. Informacje te w ofercie zostały przez wykonawcę Strabag utajnione. W odpowiedzi na ww. pismo zamawiającego wykonawca Strabag w piśmie z 08.10.2010 r. nr 02/WW/10/10 zgodził się na ujawnienie części swojej oferty technicznej, w tym rozwiązań technologicznych i w tym zakresie zamawiający odtajnił ofertę wykonawcy Strabag. Zdaniem zamawiającego treści oferty, co do których wykonawca Strabag nie wyraził zgody na ich ujawnienie zawierają w sobie informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem spełniają one przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. zawierają nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne i technologiczne, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, co wykonawca Strabag raz jeszcze potwierdził w ww. piśmie.

Dlatego zarzut protestującego wobec zamawiającego dotyczący naruszenia zasady jawności postępowania zamawiający uważa za nieuzasadniony.

Odnosząc się do zarzutu protestującego dotyczącego zbyt późnego ujawnienia treści oferty wykonawcy Strabag, zamawiający stwierdza, że 30.09.2010 r. poinformował protestującego pismem nr TR/TP/1047/2010, że jest w trakcie procedury odtajnienia części zastrzeżonej oferty wykonawcy Strabag. 09.11.2010 r. zamawiający pismem nr TR/RP/1080/2010 poinformował protestującego (najpierw drogą faksową a w ślad za tym listem poleconym) o dokonaniu odtajnienia oferty wykonawcy Strabag. 10.11.2010 r. pismem nr TR/RP/1252/2010 zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym, wbrew twierdzeniom protestującego zamawiający dochował obowiązku, o którym mowa w § 5 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 188, poz. 1154). Protestujący 15.11.2010 r.

zapoznał się z odtajnioną częścią oferty wykonawcy Strabag. Podkreślenia wymaga fakt, że pomimo zarzutu protestującego sporządził on swój protest. Mając na uwadze powyższe, zarzut protestującego zbyt późnego ujawnienia treści oferty wykonawcy Strabag należy uznać za niezasadny.

09.12.2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Nalco Mobotec Polska sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, ul. Przemysłowa 55, 43-110 Tychy (Lider), Nalco Mobotec Inc., 1209 Orange Street, Wilmington, Delaware 19801, USA, Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Remontowe Energetyki i Przemysłu „REMAK-ROZRUCH” S.A. z siedzibą w Opolu, ul. Łowicka 1, 45-324 Opole, zwanymi dalej odwołującym wniósł odwołanie o zasadniczo tej samej treści co protest.

22.12.2010 r. wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Strabag wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pismo w sprawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez zamawiającego:

- 1) (dowód nr 1) dane uzupełniające do opracowania OCENA ZAŁOŻEŃ TECHNICZNYCH I PROCESOWYCH ZAWARTYCH W DOKUMENTACJI PRZETARGOWEJ sporządzone przez dyrektora instytutu Maszyn i Urządzeń Energetycznych Politechniki Śląskiej prof. dra hab. inż. Marka P. na okoliczność, że wielkości strumienia spalin wilgotnych na wylocie mieszczą się w wielkości wskazanej na stronie 57 PFU i nie przekraczają nigdy 800.000 m³/h;**
- 2) (dowód nr 2) pismo procesowe zamawiającego z 30.12.2010 r.:**
 - a) na okoliczność utajnienia części rozprawy,**
 - b) na okoliczność, że przystępujący zaoferował oryginalne rozwiązania, których nie może znać odwołujący (ze względu na zastrzeżenie części oferty, jako tajemnica przedsiębiorstwa) i oferta przystępującego spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w specyfikacji,**
 - c) na okoliczność oddalenia wniosku odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego;**
- 3) (dowód nr 3) opinia dotycząca weryfikacji ilości spalin z października 2010 r. Zakładów Pomiarowo-Badawczych Energetyki Energopomiar Sp. z o.o. z**

siedzibą w Gliwicach na okoliczność objętości wytworzonych spalin i wagi zużywanego reagenta;

dowodów złożonych przez odwołującego:

- 4) (dowód nr 4) pismo odwołującego z 27.12.2010 r. w sprawie ujawnienie części oferty odwołującego, która została zastrzeżona na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp, jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 5) (dowód nr 5) pismo odwołującego z 27.12.2010 r. w sprawie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego o ofercie przystępującego;
- 6) (dowód nr 6) pismo odwołującego z 30.12.2010 r. na okoliczność masy reagenta koniecznej do użycia ze względu na odpowiedni strumień spalin;
- 7) (dowód nr 7) pisma zamawiającego skierowane do odwołującego z 16.08 i 09.11.2010 r. na okoliczność, że zamawiający nie udostępnił dokumentacji do wglądu przed terminem powiadomienia o wynikach postępowania;

oraz dowodu złożonego przez przystępującego:

- 8) (dowód nr 8) pismo procesowe odwołującego z 29.12.2010 r. na okoliczność radykalnej odmienności technologii zaoferowanych przez przystępującego i odwołującego i wynikających z tego różnych wyników i różnych parametrów

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy – zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Strabag jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2-4 Pzp – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Wymaganiem zamawiającego było wypełnienie tabeli zawartej w rozdziale 2 formularza oferty w załączniku numer 2, który precyzyjnie określa, dla jakich warunków pracy kotła, czyli

dla wydajności 650 t/h pary. Wykonawcy mieli obowiązek podać parametry oferowane zużycia mediów, które zgodnie z rozdziałem 1 strona 19 specyfikacji (instrukcja dla wykonawców) zostały podane przez zamawiającego „dane do wyliczenia kosztów eksploatacji”. Ponadto dokumentacja techniczno-ruchowa (DTR) kotła została przedstawiona w punkcie 3.2.1 na stronie 52 PFU z uzupełnieniem na dole, że obecnie istnieje możliwość osiągnięcia obciążeń kotła od 360-700 t/h pary, co również przyznał odwołujący podczas rozprawy. Zamawiający nie wymagał od wykonawców przedstawienia informacji o strumieniu spalin. Natomiast z załącznika numer 3 jako całego dokumentu od punktu 1 do 20 wynikało, że wykonawcy mieli wykazać w swoich ofertach spełnienie warunku z całego Programu funkcjonalno-użytkowego w tym na stronach 74 i 75, co dotyczy również punktu 13 – 700 t/h pary – maksymalna wydajność kotła. W punkcie 14 tabeli została wskazana moc minimalna na poziomie 120 MWe. Tymi dwoma parametrami zostały wskazane warunki pracy kotła. Jednak podanie tych parametrów nie podważyło obowiązku wyliczenia w ofercie parametrów dotyczących wydajności kotła 650 t/h pary, który to wymóg został wskazany przez zamawiającego w nagłówku załącznika nr 2 do formularza oferty.

Odwołujący nie wykazał postanowienia w specyfikacji, na którego podstawie wykonawcy mieli być obowiązani odnieść swoje wyliczenia dotyczące ilości reagenta (amoniaku) do 1.000.000 Nm³/h spalin mokrych.

Również z dowodu nr 1 przedstawionego przez zamawiającego – „OCENA ZAŁOŻEŃ TECHNICZNYCH” Politechniki Śląskiej wynika, że wielkość strumienia spalin wilgotnych na wylocie z kotła mieszczą się w wielkości wskazanej na stronie 57 PFU i dalece nie przekraczają 800.000 Nm³/h. Jednak przystępujący w swojej ofercie zaoferował zużycie sorbentu (reagenta) z pewnym nadmiarem w stosunku do ilości wykazanej w obliczeniach Politechniki Śląskiej, co stanowi, że oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że celem postępowania jest osiągnięcie określonej funkcjonalności instalacji przez osiągnięcie parametrów podanych w szczególności na stronach 74 i 75 PFU. Jest to zgodne z poszczególnymi postanowieniami oraz z ideą ustanowienia rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072). Zamawiający był do tego obowiązany i podał w programie funkcjonalno-użytkowym istniejące uwarunkowania przedmiotu zamówienia i cel, do jakiego ma dążyć wykonawca, osiągnięcia odpowiedniego poziomu odazotowanie spalin.

Dodatkowo metoda (technologia), którą przystępujący zamierza zastosować jest zdecydowanie odmienna od metody zastosowanej przez odwołującego i obliczenia wykonywane przez odwołującego nie odnoszą się do konkretnej metody zaoferowanej przez przystępującego. Stąd – jak wynika z wyjaśnień zamawiającego i przystępującego – jeszcze

większa rozbieżność między wynikami teoretycznych obliczeń odwołującego, a wykazanymi w ofercie wynikami przystępującego.

Przystępujący podał w ofercie cenę (93 mln zł) niższą o ponad 50% w stosunku do kwoty, którą zamawiający podał podczas otwarcia ofert, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (205 mln zł) oraz cena ta była niższa o około 17% od kolejnej najtańszej oferty (109 mln zł). Zamawiający zbadał kwestię rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp i 09.09.2010 r. zwrócił się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. 15.09.2010 r. przystępujący złożył pisemne wyjaśnienia z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia nie uznał, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp. W związku z tym zamawiający nie odrzucił oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wykonawca może przedstawić cenę oferty dalece odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zamawiający podał przed otwarciem ofert. W związku z tym, że są to liczby wynikające zwłaszcza (a) z obliczeń przeprowadzanych w różnym czasie oraz (b) przez inne podmioty i (c) w innych celach a także (d) z uwzględnieniem innych czynników – te liczby mogą od siebie dalece odbiegać. Wystąpienie różnic w przytaczanych liczbach może spowodować konieczność zastosowania procedury zwrócenia się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. Jednak już samo odrzucenie oferty (w przypadku zastosowania procedury wyjaśniania poziomu ceny) może nastąpić tylko, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień lub gdy ocena złożonych wyjaśnień potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest unormowane w art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W rozpoznawanym przypadku zamawiający – na podstawie pisemnej dokumentacji – uznał, że przystępujący złożył ofertę, która nie zawiera rażąco niskiej ceny, do czego jest uprawniony.

Również odwołujący nie wykazał, że przystępujący naruszył przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zwłaszcza art. 3 ust. 1, art. 15 ust. 2 pkt 1, art. 15 ust. 1, a w szczególności art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy Znk. Zarzuty odwołującego były sformułowane w dwóch kontekstach. Po pierwsze – zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, do czego wykonawca miał prawo i właściwie zastrzegł te informacje oraz po drugie – podania rażąco niskiej ceny, co w rozpoznawanym postępowaniu nie miało miejsca.

Ponadto uwzględnienie wniosku dowodowego odwołującego o powołanie biegłego nie wniesie do sprawy nic nowego, gdyż zamawiający nie wymagał w specyfikacji odniesienia się do ilości spalin – 1.000.000 Nm³/h, co zarzuca odwołujący, ale do wydajności kotła – 650

t/h pary, co znajduje się w tytule załącznika nr 2 do formularza ofertowego, a co odwołujący pomija.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i uwarunkowania skład orzekający Izby nie może uwzględnić zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Strabag jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2-4 Pzp.

W zakresie zarzutu drugiego – zaniechania wykluczenia przystępującego, który złożył nieprawdziwe informacje oraz w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – skład orzekający Izby nie przychyliła się do stanowiska odwołującego.

Odwołujący nie dowiódł, że przystępujący złożył ofertę zawierającą nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, gdyż odwołujący odnosił się do danych, dotyczących strumienia spalin 1.000.000 Nm³/h, które nie były wymagane przez zamawiającego. Ponadto odwołujący odnosił się w swoich obliczeniach stechiometrycznych do technologii i do wielkości, które były inne w ofercie przystępującego. Podstawowym czynnikiem brania pod uwagę innych wielkości przez (1) przystępującego i (2) odwołującego podczas sporządzania obliczeń do (1) sporządzenia oferty (2) do sporządzenia odwołania było zastosowanie innowacji w ofercie przystępującego i dokonywanie procesu odazotowania spalin w innym technologicznie miejscu przez oba te podmioty, co zostało wykazane podczas rozprawy i poparte dowodami nr 3, 6 i 8.

W związku z wyżej wymienionymi przesłankami skład orzekający Izby nie może uwzględnić zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W zakresie zarzutu trzeciego – wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanej z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający uwzględnił w dokonaniu tej czynności również ofertę przystępującego, która to oferta podlega odrzuceniu i w ten sposób naruszając jednocześnie art. 7 ust. 1 Pzp – skład orzekający Izby nie przychyliła się do stanowiska odwołującego.

Jak wykazano powyżej w postępowaniu nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty przystępującego. W związku z tym zamawiający nie miał obowiązku odrzucenia oferty przystępującego. Jednocześnie zamawiający wykazał, że równo traktował wszystkich

wykonawców w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

Z przytoczonych wyżej względów skład orzekający Izby nie może uwzględnić zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający uwzględnił w dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty również ofertę przystępującego, która to oferta nie podlega odrzuceniu i z tego względu zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutu czwartego – zaniechanie czynności udostępnienia obszerniejszej części oferty technicznej wykonawcy Strabag, która to oferta co do zasady powinna być jawna, inaczej niż to zostało uczynione przez zamawiającego 15 listopada 2010 r., przez naruszenie przepisu art. 8 ust. 1 i 2 Pzp oraz naruszenie obowiązku zamawiającego zobowiązującego go do udostępnienia złożonych ofert nie później niż przed ogłoszeniem wyboru oferty najkorzystniejszej tj. 10 listopada 2010 r. – skład orzekający Izby przychyliła się do stanowiska odwołującego, jednak stwierdza, że uchybienie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

Informacja o udostępnieniu do wglądu dokumentacji została wystosowana przez zamawiającego we właściwym terminie, jednak zamawiający ustanowił termin wglądu do dokumentacji z naruszeniem § 5 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 188, poz. 1154). Przepis ten nakazuje aby zamawiający udostępniał do wglądu odpowiednie dokumenty nie później niż w dniu przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający 10.11.2010 r. przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, a udostępnił do wglądu dokumenty 15.11.2010 r. Jednak postępowanie zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania.

W związku z powyższymi konstatacjami składu orzekającego Izby stwierdzającymi prawidłowe dokonanie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej staje się bezprzedmiotowy.

Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 i 2 Pzp przez nieudostępnienie do wglądu dokumentacji w odpowiednim terminie, jednak zaniechanie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 4.276,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b 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 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....