

Sygn. akt: KIO 1396/12
KIO 1400/12

WYROK
z dnia 20 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 lipca 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2012 r. przez wykonawców:

1. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie, T.M.E. S.p.A. z siedzibą w Mediolanie (sygn. akt 1396/12),**
2. **Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu (sygn. akt 1400/12),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Lech Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**

przy udziale wykonawców:

1. **Konsorcjum: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Keppel Seghers Belgium N.V. z siedzibą w Willebroek (Belgia), Cespa Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. z siedzibą w Barcelonie (Hiszpania),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 1396/12 i KIO 1400/12,
2. **Konsorcjum Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, FISIA Babcock Environment GmbH z siedzibą w Gummersbach (Niemcy),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie

o sygn. akt KIO 1396/12 oraz po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1400/12,

3. **Konsorcjum: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie, TM.E. S.p.A. z siedzibą w Mediolanie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1400/12,

orzeka:

1. **Oddala odwołania;**
2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 1396/12 obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Astaldi S.p.A., TM.E. S.p.A. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Astaldi S.p.A., TM.E. S.p.A.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Astaldi S.p.A., TM.E. S.p.A.** na rzecz **Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowo-Produkcyjnego Lech Sp. z o.o.** kwotę **3 734 zł 33 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset trzydzieści cztery złote trzydzieści trzy grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę;
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 1400/12 obciąża **Rafako S.A. i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Rafako S.A.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Rafako S.A.** na rzecz **Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowo-Produkcyjnego Lech Sp. z o.o.** kwotę **3 734 zł 33 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset trzydzieści cztery złote trzydzieści trzy grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1396/12

KIO 1400/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne Lech Sp. z o.o. – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Kontrakt nr 5 „Budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadków Komunalnych w Białymstoku”*.

1. Sygn. akt KIO 1396/12

W dniu 5 lipca 2012 r. konsorcjum w składzie: Astaldi S.p.A., TM.E. S.p.A. (dalej: Konsorcjum Astaldi) wniosło odwołanie wobec czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez konsorcjum: Budimex S.A., Keppel Seghers Belgium N.V. oraz Cespa Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. (dalej: Konsorcjum Budimex). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zostały szczegółowo opisane w Tomie III SIWZ pn. *Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU) dla Kontraktu nr 5: Budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadków Komunalnych (ZUOK) w Białymstoku*. PFU zawiera szereg ograniczeń, w tym dotyczących następujących parametrów: wartość opałowa odpadów (7.500 kJ/kg), objętość odpadów (15 500 kg/h), nominalna pojemność cieplna (32,291 MW), ciśnienie/temperatura pary (40 bar abs./400°C), technologia oczyszczania spalin (pólsucha), technologia redukcji tlenków azotu (SNCR z wykorzystaniem mocznika), typ turbiny parowej, referencyjna temperatura (między +18°C/60 % a -22°C/60%), energia cieplna do miejskiego systemu (17,5 MWt), zanieczyszczenia kwasowe w surowych (HC1 = 1000 mg/Nm³. SO₂ = 250 mg/Nm³), wartość opałowa paliwa zastępczego (41000 kJ/kg).

Odwołujący podał, że Zamawiający przewidział dokonywanie oceny ofert na podstawie zadeklarowanych przez wykonawców parametrów technicznych. Poza wypełnieniem stosownych załączników Zamawiający nie wymagał od wykonawców przedstawienia żadnych dokumentów potwierdzających prawdziwość zadeklarowanych przez nich parametrów technicznych. Zdaniem Odwołującego, na taki sposób prowadzenia postępowania może zdecydować się wyłącznie taki zamawiający, który posiada (sam lub poprzez swoich współpracowników) wiedzę pozwalającą na weryfikację zadeklarowanych przez wykonawców parametrów technicznych bez potrzeby uzyskiwania dokumentów

potwierdzających możliwość dotrzymania tych parametrów. Jeżeli jednak treść oferty, w tym zadeklarowane parametry techniczne, wzbudzą jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego, to – zdaniem Odwołującego – powinien on, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, zażądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Budimex przedstawiło w ofercie parametry, które podlegały ocenie, a które zostały przedstawione w Załącznikach nr 2, nr 3 oraz nr 4 do oferty i – zdaniem Odwołującego – wydają się stać w rażącej sprzeczności z oczekiwanymi przez Zamawiającego wartościami. Kwestionowane parametry ujęte w ofercie konsorcjum Budimex, to:

- 1) wytwarzanie mocy w trybie kondensacji,
- 2) wytwarzanie mocy w trybie kogeneracji,
- 3) zużycie paliwa na jeden zimny rozruch,
- 4) gwarantowane emisje tlenków azotu.

Ad 1)

Odwołujący podniósł, że nominalna moc cieplna zakładu wynosi 32,291 MW (określona przez pomnożenie dostarczanej masy odpadów 15500 kg/godz. przez wartość opałową odpadów 7500 kJ/kg, dokonane z zachowaniem właściwego przeliczenia jednostek). Istnieje możliwość wyliczenia maksymalnej wartości możliwej do uzyskania mocy wyjściowej zgodnie z wartościami odniesienia dotyczącymi sprawności konwersji energii dla różnych transformacji, jakie przechodzi energia dopływająca wraz z odpadami. Punktem odniesienia są wartości referencyjne zawarte w Reference Document on the Best Available Techniques (BREFs) for Waste Incineration, wydanym przez Komisję Europejską w ramach Dyrektywy w sprawie zintegrowanego zapobiegania i ograniczania zanieczyszczeń.

Maksymalna sprawność konwersji z energii doprowadzanej wraz z odpadami na energię zawartą w parze wytwarzanej przez kocioł, wskazana w cytowanym dokumencie BREFs, wynosi 84,2% (Tabela 3.46 BREFs). Realizowany później proces technologiczny zapewnia konwersję energii cieplnej zawartej w parze na moc elektryczną. W dokumencie BREFs podaje się 17-30% jako przedział sprawności tego drugiego procesu, gdy zakład pracuje wyłącznie w trybie generowania energii elektrycznej (Tabela 2.12 BREFs).

W odniesieniu tych dwóch wartości sprawności konwersji do energii wprowadzanej wraz z odpadami, spodziewana maksymalna moc wyniesie 8,16 MW. Oznacza to, że ogólna sprawność instalacji wynosi około 25%. Taką wartość można osiągnąć, jeśli zapewni się najlepsze warunki eksploatacji w odniesieniu do poszczególnych parametrów procesu technologicznego. Przykładowo, najwyższe wartości mocy wyjściowej można uzyskać drogą

zwiększenia parametrów pary (ciśnienie i temperatura), które w tym konkretnym przypadku narzucone były w ramach specyfikacji przetargowej. W dokumencie BREFs mówi się, że w warunkach zwiększenia ciśnienia pary z 40 do 60 barów uzyskuje się wzrost mocy wyjściowej o 3%, a to rozwiązanie stanowi najbardziej efektywny sposób zwiększenia mocy wyjściowej (tabela 2.15 BREFs). Jednakże w konkretnej sytuacji białostockiego zakładu nie ma możliwości skorzystania ze sposobu zwiększenia mocy wyjściowej, ponieważ, zgodnie z pkt 7.4.3 PFU, parametry pary (strona 35), ciśnienie i temperatura pary są wymagane na poziomie, odpowiednio, 40 barów, i 400°C.

Odwołujący wskazał, że innym ważnym parametrem, który można wykorzystać do poprawy wskaźników energetycznych, jest temperatura gazów spalinowych na wyjściu z generatora pary działającego na zasadzie odzyskiwania ciepła: im niższa jest temperatura tym większa jest produkcja mocy. W tym konkretnym przypadku nie ma możliwości obniżenia temperatury poniżej 180°C, ponieważ, zgodnie ze specyfikacją przetargową (pkt 7.7.1PFU) wymaga się zastosowania półsuchej technologii oczyszczania gazów spalinowych. Rozwiązanie to wiąże się z przyjęciem wyższej temperatury na wejściu niż w innych technologiach (na przykład suchych), jako warunku właściwego odparowywania wtryskiwanej wody (w technologii półsuchej wtrysk taki jest bezwarunkowo konieczny). Nie ma możliwości odzyskiwania żadnego dodatkowego ciepła z gazów spalinowych przy półsuchej instalacji oczyszczania, ponieważ bezwzględnie należy utrzymywać w kominie temperaturę przekraczającą 120°C w celu uniknięcia powstawania białego dymu i korozji komina w wyniku kondensacji pary wodnej zawartej w gazach spalinowych.

Wartość 8,68 MW (strona nr 16 oferty Budimex), deklarowana jako moc wyjściowa, przekracza o więcej niż 6% wartość wcześniej wyliczoną, i to przy założeniu najlepszych możliwych parametrów działania według dokumentu BREFs. Ogólna sprawność instalacji wynosiłaby około 27%. Zdaniem Odwołującego, wyników takich nie da się usprawiedliwić, jako że są znacznie wyższe od tych, które można by osiągnąć przy zapewnieniu nawet najlepszych warunków pracy. Ze względu jednak na wymagania określone w specyfikacji przetargowej (PFU str. 36, pkt. 771), w tym ze względu na poważne ograniczenie wynikające z wpływającej na sprawność procesu technologii DeNOx, w której korzysta się z mocznika, nie można uzyskać wartości podanych w ofercie konsorcjum Budimex.

Ad 2)

Analogiczne uwagi Odwołujący sformułował w stosunku do wyliczeń maksymalnych wartości możliwej do uzyskania mocy, gdy zakład pracuje w trybie wytwarzania energii cieplnej i elektrycznej.

Zdaniem Odwołującego, jako wartość maksymalną sprawność konwersji energii powstałej w wyniku spalania odpadów w energię pary wytworzonej w kotle odzyskowym (tabela 3.46 BREFs), można przyjąć 84,2%. W dokumencie BREFs podaje się dla tej sprawności przedział 70-85% (tabela 2.12 BREFs). Jeśli przyjąć te dwie wartości sprawności konwersji w stosunku do energii doprowadzanej wraz z odpadami, to można oczekiwać maksymalnej energii wyjściowej (energia cieplna + elektryczna) na poziomie 23.11 MW.

Przetargowa specyfikacja techniczna wymaga (str. 27 PFU), by co najmniej 17,5 MW z tych 23,11 MW dostarczane było jako ciepło dla ogrzewania rejonowego, stąd maksymalna dostępna elektryczna moc wyjściowa wynosić będzie 5,61 MW. Ze względu na to, że nie ma możliwości zwiększenia mocy wyjściowej poprzez zwiększenie ciśnienia i temperatury pary lub zmniejszenie temperatury gazów spalinowych na wyjściu z kotła odzyskowego, wartość ta wydaje się teoretyczną, górną wartością graniczną, której nie można osiągnąć ze względu na ograniczenia wynikające ze specyfikacji przetargowej. Wartość mocy wyjściowej deklarowana przez konsorcjum Budimex – równa 6,08 MW (strona nr 16 oferty Budimex) – wydaje się bezpodstawnie zawyżona, przekraczając nawet wyliczona wcześniej wartość teoretyczną.

Ad 3)

Odwołujący wskazał, że pod pojęciem zimny rozruch rozumie się doprowadzenie instalacji do wymaganej temperatury, poczynając od temperatury otoczenia, niezależnie od jej wartości. Z norm technicznych wynika, że palniki pomocnicze powinny być obliczone na przynajmniej 60% wydajności cieplnej pieca. W tym przypadku nominalna moc palników pomocniczych powinna zatem wynosić około 19,37 MW. Palniki te, zgodnie z unijną Dyrektywą 2000/76 w sprawie ochrony środowiska, wykorzystywane są do nagrzania pieca do temperatury 850°C przed rozpoczęciem wprowadzania odpadów do komory paleniskowej.

Odwołujący podniósł, że ze względu na wymurówkę wnętrza pieca proces rozgrzewania musi być starannie kontrolowany. Wymurówka wymaga suszenia i nagrzewania zgodnie ze specyfikacją, a ta może zmieniać się w zależności od dostawcy. Wszyscy działający na rynku dostawcy uzależniają żywotność wymurówki od ścisłego przestrzegania tempa wzrostu temperatury, każdorazowo zadanego w specyfikacji danego producenta. Tempo to nie może być większe niż 80°C na godzinę, zwykle mieści się w przedziale od 60 do 80°C na godzinę. Zbyt gwałtowne zmiany temperatury prowadzą do pogorszenia właściwości fizyko-chemicznych wymurówki. Jeśli nawet założyć wzrost temperatury w tempie 70-80°C na godzinę, to czas rozruchu ze stanu zimnego wyniósłby ok. 12-10 godzin. Potrzebna ilość paliwa pomocniczego (wartość opałowa 41000 kJ/kg)

wyniosłaby 17-20 ton na każdy zimny rozruch (ok. 20-24 m³ przy założeniu gęstości paliwa 0,832 kg/l).

Taka procedura zimnego rozruchu jest szczególnie ważna po wymianie wymurówki (zarówno fragmentarycznej jak i całościowej), chyba że wbrew obowiązującym przepisom, komora nie zostaje wstępnie rozgrzana do wymaganej temperatury 850°C. Ze względu na fakt, że wymiana wymurówki jest jednym z głównych powodów wstrzymywania pracy instalacji, procedura zimnego rozruchu przebiega najczęściej w sposób opisany powyżej.

W tym kontekście wartość zużycia paliwa wspomagającego na jeden zimny rozruch, deklarowana przez Konsorcjum Budimex (10,9 m³), wydaje się być rażąco zaniżona, co podaje w wątpliwość prawdziwość wartości podanych przez konsorcjum Budimex w ofercie.

Ad 4)

Odwołujący wskazał, że w celu ograniczenia emisji NO_x specyfikacja wymaga zastosowania systemu Selekttywnej Redukcji Niekatalitycznej (SNCR). Zgodnie z BREFs (tabela 5.2) system SNCR pozwala na zapewnienie średniej dobowej emisji NO_x na poziomie 120-180 mg/Nm³. Uzyskanie wartości średnich dziennych poniżej tego zakresu na ogół jest możliwe z wykorzystaniem systemu SCR. Osiągalne są wartości nawet poniżej 70 mg/Nm³ również z wykorzystaniem systemu SNCR w przypadkach, gdy zawartość NO_x w surowcu jest niska lub gdy stosuje się wysokie dawki reagentu. Przy stosowaniu wysokich dawek reagentów, należy usuwać skutki nadmiernej emisji amoniaku za pomocą płuczki wodnej z zastosowaniem odpowiednich środków do neutralizacji ścieków amoniakalnych.

Wartość emisji deklarowana przez Konsorcjum Budimex (92 mg/Nm³) wydaje się – zdaniem Odwołującego – bezpodstawnie niska dla zwykłego zastosowania systemu SNCR, jeśli wziąć pod uwagę poziom emisji związków amoniaku, jakiego żąda się w dokumentacji przetargowej (maksymalnie 15 mg/Nm³, rozdział 7.7.1, punkt 4PFU).

Odwołujący podniósł, że mimo i tak już sporych wątpliwości wobec wartości zadeklarowanego parametru, dodatkowo zadeklarowana przez Konsorcjum Budimex średnia dzienna wartość emisji tlenków azotu musi się wiązać z przekroczeniem dopuszczalnych norm oraz wymogów PFU emisji amoniaku.

Oferta konsorcjum Budimex powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, bowiem przedstawione w niej parametry techniczne są niemożliwe do dotrzymania w trakcie eksploatacji wybudowanego, według założeń i wymagań Zamawiającego zamieszczonych w PFU. Alternatywnie należy wskazać jako podstawę odrzucenia oferty konsorcjum Budimex art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, bowiem oferta została złożona przez

wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu przedstawienia nieprawdziwych informacji, tj. przedstawienia takich parametrów technicznych, które łącznie są niemożliwe do dotrzymania w trakcie eksploatacji ZUOK w Białymstoku.

Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Budimex wykorzystało fakt, że Zamawiający, poza złożeniem oświadczenia przedstawiającego zadeklarowane parametry techniczne, nie wymagał od wykonawców przedstawienie dokumentów potwierdzających prawdziwość zadeklarowanych parametrów. W szczególności problem dotyczy tych parametrów, które były oceniane w kryteriach oceny ofert, jako że w zależności od złożonej deklaracji można było uzyskać więcej lub mniej punktów.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zobowiązany był zweryfikować prawdziwość złożonych oświadczeń i realną możliwość łącznego dochowania zadeklarowanych przez konsorcjum Budimex w ofercie parametrów, a ponieważ dochowanie tych parametrów jest niemożliwe, Zamawiający miał obowiązek tę ofertę odrzucić. Jeżeli Zamawiający nie potrafił przeprowadzić wiarygodnej weryfikacji, powinien był, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwać Konsorcjum Budimex do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, w tym przedstawienia dowodu, że parametry techniczne zadeklarowane przez konsorcjum Budimex będą możliwe do dotrzymania w trakcie eksploatacji ZUOK w Białymstoku.

Odwołujący wniósł o udowodnienie przez Zamawiającego, że parametry te są możliwe do dotrzymania. Co do zasady dowód taki powinien przeprowadzić Zamawiający, a jeżeli nie jest to możliwe, w ramach wyjaśnień, Konsorcjum Budimex. Ponieważ jednak Odwołujący twierdzi, że takiego dowodu nie da się przeprowadzić, to oferta konsorcjum Budimex powinna zostać odrzucona.

Odwołujący dodał, że nawet gdyby było możliwe dotrzymanie parametrów zadeklarowanych przez konsorcjum Budimex, to różnica pomiędzy ceną brutto oferty konsorcjum Budimex a ceną brutto oferty Odwołującego, wynosząca prawie 48 mln zł, nie rekompensuje korzyści, jakie Zamawiający mógłby osiągnąć uzyskując te parametry. Kwota ta miałaby szansę zwrócić się Zamawiającemu najwcześniej po około 40 latach.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- udowodnienie przez Zamawiającego, że parametry zadeklarowane przez konsorcjum Budimex są możliwe do dotrzymania w trakcie eksploatacji, lub
- wezwanie konsorcjum Budimex do złożenia wyjaśnień w celu udowodnienia, że zadeklarowane parametry są możliwe do dotrzymania w trakcie eksploatacji, lub

- unieważnienie wyboru oferty konsorcjum Budimex, odrzucenie oferty konsorcjum Budimex oraz uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą – jeżeli Zamawiający lub konsorcjum Budimex nie udowodnią, że zadeklarowane parametry możliwe są do dotrzymania.

2. Sygn. akt KIO 1400/12

W dniu 5 lipca 2012 r. wykonawca RAFAKO S.A. wniósł odwołanie wobec czynności oceny ofert i zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców:

- 1) Konsorcjum Budimex – ze względu na podanie nieprawdziwych informacji dotyczących: maksymalnej mocy elektrycznej przy mocy cieplnej (Kryterium 2.2), gwarancji zapotrzebowania energii elektrycznej na eksploatacyjne potrzeby własne (Kryterium K.2.3), gwarancji trwałości rusztu (Kryterium K.4.2.1),
- 2) Konsorcjum Astaldi – ze względu na podanie nieprawdziwych informacji dotyczących: gwarancji zapotrzebowania energii elektrycznej na eksploatacyjne potrzeby własne (Kryterium K.2.3), gwarancji trwałości rusztu (Kryterium K.4.2.1), gwarantowanej długości okresu międzyprzebiegowego (Kryterium K.3.1.1),

ewentualnie – zaniechania odrzucenia ofert wszystkich wykonawców poza Odwołującym, na skutek ich niezgodności z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: Konsorcjum Budimex, Konsorcjum Astaldi oraz Konsorcjum Polimex - Mostostal S.A. -Fisia Babcock Environment GmbH (dalej: Konsorcjum „Polimex”)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał w punkcie 14.3 SIWZ, aby kompletna oferta zawierała m.in. wypełniony Załącznik nr 3 – zestawienie parametrów gwarancyjnych weryfikowanych dotyczących parametrów eksploatacyjnych. W treści wskazanego załącznika, w tabeli odnoszącej się do gwarancji wytwarzanej mocy cieplnej (tryb pracy w maksymalnej kogeneracji), wykonawcy zobowiązani byli wpisać oprócz wartości gwarantowanej mocy cieplnej, także parametry wody: temperatura wody powrotnej do wymiennika oraz temperatura wody wychodzącej z wymiennika, ciśnienie wody oraz jej prędkość, przy których gwarantowana moc cieplna będzie osiągnana. Informacje te zostały zawarte jedynie w ofercie złożonej przez RAFAKO S.A., brak jest ich natomiast w ofertach pozostałych wykonawców. Okoliczność ta powoduje, że wszystkie złożone w postępowaniu

oferty, oprócz oferty RAFAKO S.A., są niezgodne z treścią SIWZ. Brak podania wymaganych przez Zamawiającego danych ma – zdaniem Odwołującego – istotne znaczenie z punktu widzenia gwarancji przedstawionych przez wykonawców i powoduje jej wypaczenie, gdyż brak jest możliwości odniesienia się do konkretnych warunków, w których zadeklarowana moc cieplna ma zostać dotrzymana.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią Klauzuli 11.14 wzoru Kontraktu, Zamawiający w przypadku stwierdzenia braku dotrzymania parametrów gwarancyjnych, w tym maksymalnej mocy cieplnej (przy konkretnych parametrach wody sieciowej) ma możliwość dochodzenia od wykonawcy kar umownych. W przypadku braku podania warunków, dla których moc termiczna w kogeneracji ma zostać osiągnięta, kary umowne będą niemożliwe do wyegzekwowania.

Odwołujący wskazał, że w treści PFU (część A pkt. 7.4.1 ppkt 2 i 3 oraz tabela 7-3), Zamawiający wymagał, aby gwarantowana moc osiągnana była dla pewnych konkretnych minimalnych parametrów odnoszących się do parametrów wody w miejskiej sieci ciepłowniczej w Białymstoku. W związku z tym, brak podania wymaganych parametrów powoduje nie tylko niemożliwość egzekwowania podanej w ofercie wartości gwarantowanej, lecz także nie pozwala na stwierdzenie, czy minimalna wymagana przez niego wartość mocy cieplnej w kogeneracji (17,5 MW_{th}) zostanie osiągnięta w warunkach współpracy z miejską siecią ciepłowniczą dla Białegostoku. Ponadto brak informacji na temat parametrów wody sieciowej (w szczególności temperatura wlotowa) powoduje, że brak jest możliwości porównania w złożonych ofertach wartości generowanej mocy elektrycznej na zaciskach generatora przy osiągnanej mocy cieplnej 17,5 MW_{th}, gdyż poszczególni Wykonawcy mogli przyjąć różne wartości parametrów wody sieciowej mające bezpośredni wpływ na moc elektryczną (Kryterium K.2.1.).

Zarzut zaniechania wykluczenie Konsorcjum Budimex S.A. w związku z podaniem nieprawdziwych informacji dotyczących maksymalnej mocy elektrycznej przy mocy cieplnej 17,5 MW_{th} (Kryterium 2.2)

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Budimex podało w tabeli nr 2 Załącznika nr 3 moc elektryczną brutto w nominalnym punkcie pracy kotła na poziomie 6,08 MW_{el.} W przypadku innych ofert wartość ta waha się w przedziale od 4,98 do 5,80 MW_{el.} Zdaniem Odwołującego, podana przez Konsorcjum Budimex wartość jest obiektywnie niemożliwa do osiągnięcia przy podanych w PFU warunkach i parametrach instalacji.

Odwołujący podniósł, że na uzyskanie przedmiotowego parametru wpływ ma zarówno wybrany schemat połączeń, sprawność turbogeneratora, sprawność kotła, a także

warunki podane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej oraz parametry przyjęte przez wykonawców (w tym temperatura wody sieciowej). Na możliwość uzyskania jak najwyższej wartości omawianego parametru, wpływ ma takie opracowanie schematu połączeń w ramach instalacji, aby został on ukierunkowany na osiągnięcie maksymalnej mocy elektrycznej brutto na zaciskach generatora w warunkach pracy przy produkcji energii cieplnej dla celów ciepłowniczych. W takim przypadku ciepło zostaje wytwarzane z pary wodnej pobranej z turbiny poprzez przewidziane dla tego celu upusty łącznie z technicznie uzasadnionym wykorzystaniem ciepła spalin.

Dla ewentualnego osiągnięcia wartości energetycznych podanych w ofercie Konsorcjum Budimex, teoretycznie możliwe jest wykorzystanie do celów ciepłowniczych odzysku energii zawartej w spalinach. W tym celu konieczne jest jednak schłodzenie spalin z temperatury ok. 150°C do temperatury ok. 60°C. Dodatkowo pozyskana energia mogłaby zostać dodana do wartości mocy elektrycznej brutto na zaciskach generatora w warunkach pracy przy produkcji energii cieplnej dla celów ciepłowniczych. Jednakże nawet ten naddatek mocy nie uzasadnia podania aż tak wysokiej wartości, jak podana w ofercie Konsorcjum Budimex. Ponadto, zastosowanie takiego rozwiązania byłoby niezgodne z treścią dokumentacji przetargowej (punkt 7.7.7 części A I PFU), gdzie opisana jest wymagana konstrukcja komina, który powinien być zbudowany z normalnej stali, zaś jedynie w górnym jego odcinku może być wykonany ze stali nierdzewnej. W takiej sytuacji schłodzenie spalin do temperatury 60°C powodowałoby występowanie silnej korozji komina i związane z tym bardzo szybkie zużycie eksploatacyjne materiału, z którego jest on zbudowany.

Pomimo braku możliwości zastosowania rozwiązania odnoszącego się do schładzania spalin, nawet przy przyjęciu, że energia cieplna odzyskiwana jest ze spalin schłodzonych do temperatury 60°C i dodatkowo zredukowane zostało ciśnienie w kondensatorze chłodzonym powietrzem do wartości 40 mbar, brak jest – zdaniem Odwołującego – możliwości osiągnięcia parametrów przyjętych przez Budimex. Przy obecnym stanie techniki nie jest znany żaden kondensator chłodzony powietrzem, który przy takiej wartości ciśnienia odparowania poprawnie pracuje. Ale nawet przy dodatkowej redukcji ciśnienia kondensacji do wartości 40 mbar brak jest możliwości uzyskania podanej przez Budimex wartości 6,08 MW_{el} mocy elektrycznej brutto na zaciskach generatora w warunkach pracy przy produkcji energii cieplnej dla celów ciepłowniczych. Osiągnięta przy takich założeniach moc wynosi maksymalnie 5,92 MW_{el}.

Odwołujący wskazał, że innym istotnym parametrem mającym wpływ na moc elektryczną brutto na zaciskach generatora w warunkach pracy przy produkcji energii cieplnej dla celów ciepłowniczych jest wytwarzana w ramach instalacji ilość pary świeżej. Aby osiągnąć podaną przez Budimex moc elektryczną brutto na zaciskach generatora (przy

parametrach mocy wejściowej określonych przez Zamawiającego w SIWZ), sprawność kotła musiałaby wynosić powyżej 87%. W takim przypadku wartość ta odnosi się do bardzo wysokiej sprawności, która nie może być osiągnięta. Przy aktualnym stanie techniki, w tym zgodnie z dokumentami BREF, wskazywane są przeciętne wartości sprawności kotłów w granicach ok. 80% aż do maksymalnych wartości sprawności ok. 85%.

Innym parametrem mającym wpływ na moc elektryczną brutto pozostaje sprawność turbogeneratora. Aby osiągnąć podane przez Konsorcjum Budimex wartości mocy elektrycznej brutto na zaciskach generatora, sprawność turbogeneratora w trybie pracy dla celów ciepłowniczych musiałaby wynosić ponad 90%. Ponieważ turbina jest zazwyczaj zwymiarowana dla pracy w trybie pełnej kondensacji, sprawność ta w instalacjach termicznego przetwarzania odpadów komunalnych w trybie pracy dla celów ciepłowniczych przyjmuje wartość maksymalnie 84%.

Mając na uwadze stan techniki i warunki zawarte w dokumentacji przetargowej brak jest możliwości uzyskania wskazanej przez Konsorcjum Budimex wartości, a podanie tej wartości należy zakwalifikować jako przesłankę wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Gdyby wbrew przytoczonym powyżej argumentom, możliwe było osiągnięcie maksymalnej mocy elektrycznej brutto na zaciskach generatora w warunkach pracy przy produkcji energii cieplnej dla celów ciepłowniczych o wartości 6,08 MW_{el} (czemu jednak Odwołujący zaprzeczył), to należałoby wtedy również oczekiwać znacznie wyższej wartości mocy elektrycznej brutto na zaciskach generatora w warunkach pracy przy pełnej kondensacji (Kryterium K2.1). Podana w tym przypadku przez Budimex wartość 8.68 MW_{el} na to jednak nie wskazuje.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Budimex S.A. oraz Konsorcjum Astaldi w związku z podaniem nieprawdziwych informacji odnośnie gwarancji zapotrzebowania energii elektrycznej na eksploatacyjne potrzeby własne (Kryterium K.2.3)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał podania w Załączniku nr 3 do oferty zapotrzebowania własnego instalacji na energię elektryczną. Podane przez Wykonawców Budimex i Astaldi wartości wynoszą odpowiednio 1,047 i 1,05 MW_{el} i są – zdaniem Odwołującego – nierealne do osiągnięcia z technicznego punktu widzenia.

W ocenie Odwołującego, o fakcie złożenia nieprawdziwych danych świadczy między innymi porównanie ofert złożonych przez obu wykonawców w postępowaniach w Koninie i Białymstoku. Obie przywołane instalacje pod względem technologicznym są niemal identyczne, z tym zastrzeżeniem, że moc instalacji w Koninie jest mniejsza o 14% od

instalacji białostockiej. Dla oferty na spalarnię w Koninie obaj wykonawcy podają następujące wartości zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne: Astaldi - 1,26 MW_{el}, Budimex – 1,14 MW_{el}. Podanie wartości niższych niż dla projektu Konin jest informacją nieprawdziwą i wprowadzeniem Zamawiającego w błąd, ponieważ zużycie energii elektrycznej przez główne urządzenia (które w obu przypadkach są takie same) jest ściśle powiązane z mocą cieplną paleniska. Dla większej mocy paleniska konieczne jest większe zużycie mocy elektrycznej na potrzeby własne. Brak jest możliwości aby zużycie energii było mniejsze, jeśli moc paleniska wzrasta, bo konieczne jest zastosowanie urządzeń o większej wydajności, co jest równoznaczne z większym zapotrzebowaniem na energię elektryczną.

Konsorcjum Budimex w przypadku oferty na spalarnię Konin podaje wartości zużycia energii elektrycznej dla potrzeb własnych o 8,8% mniejszą. Konsorcjum Astaldi podaje tą wartość aż o 17% mniejszą. Zdaniem Odwołującego, wskazuje to na zamiar określenia opisanego parametru abstrakcyjnie od realnego zużycia i w celu osiągnięcia maksymalnej liczby punktów.

Odwołujący zaznaczył, że warunki, dla których należy podać wartość zużycia energii elektrycznej, były jednoznacznie sprecyzowane w obu postępowaniach i dotyczyły tego samego warunku pracy instalacji, czyli dla trybu pełnej kondensacji. Temperatura otoczenia w przypadku Białegostoku była wyznaczona jako + 18°C, a w przypadku Konina +9°C. Oznacza to, że dla doboru np. kondensatora powietrza należało przyjąć w Białymstoku mniej korzystne warunki pracy tego urządzenia niż dla Konina, co bezpośrednio przedkłada się na zwiększenie zapotrzebowania na zużycie energii elektrycznej przez to urządzenie.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Budimex S.A. oraz Konsorcjum Astaldi w związku z podaniem nieprawdziwych informacji dotyczących gwarancji trwałości rusztu (Kryterium K.4.2.1)

Odwołujący podniósł, że podane przez Konsorcjum Astaldi oraz Konsorcjum Budimex wartości ilości wymienionych rusztowin w ruszcie po dwóch okresach dyspozycyjności instalacji w wysokości 0,9% (Budimex) oraz 1,0% (Astaldi) są wartościami zaniżonymi w stosunku do pozostałych ofert i nierealnymi. Ponadto dane przedstawione w ramach przedmiotowego postępowania w znaczącym stopniu odbiegają od danych przedstawionych w postępowaniu w Koninie (które ma bardzo podobne uwarunkowania do występujących w przedmiotowej sprawie).

Dla oferty Konin Konsorcjum Astaldi wskazało wartość 4% wymiany ilości rusztowin, a Konsorcjum Budimex 8%. Jak wynika z powyższego, tak duże różnice w informacjach zawartych w ofertach złożonych przez tych wykonawców w postępowaniach w Białymstoku

i Koninie, mogą wynikać – zdaniem Odwołującego – jedynie z podania w przypadku przedmiotowego postępowania nieprawdziwych danych celem uzyskania jak najwyższej ilości punktów, co powinno skutkować ich wykluczeniem z postępowania.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Astaldi w związku z podaniem nieprawdziwych informacji dotyczących gwarantowanej długości okresu międzyprzeładowego (Kryterium K.3.1.1)

Odwołujący podniósł, że podana przez Konsorcjum Astaldi wartość okresu międzyprzeładowego jest nierealna, biorąc pod uwagę stan wiedzy i techniki. Specyfiką kotła używanego w instalacjach spalania odpadów jest jego duże zanieczyszczanie na skutek rodzaju paliwa, jakie jest spalane. Okoliczność spalania paliwa złego jakościowo powoduje pozostawianie po procesie spalania dużej ilości zanieczyszczeń, które nie mogą być usuwane w inny sposób, niż poprzez zatrzymanie jego pracy i ręczne wyczyszczenie. W chwili obecnej nie występują kotły, które mogłyby pracować nieoczyszczone przez okres ponad 8.000 godzin. Okoliczność ta potwierdzona została m.in. poprzez porównanie innych przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu ofert i danych w nich zawartych, a odniesienie do minimum, jakiego wymagał Zamawiający (5.000h). W przedmiotowym postępowaniu trzech z czterech wykonawców podało wartość ok. 8.000h, jedynie Konsorcjum Astaldi wskazało wartość większą aż o 75% (14.000h). Wartość ta jest niespotykana w praktyce eksploatacyjnej. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Astaldi w postępowaniu na budowę spalarni w Koninie, gwarantowało, że okres między przeładowaniami wynosił będzie jedynie 6.700h, a więc ponad 50% mniej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu : unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert, wykluczenia z postępowania Konsorcjum Budimex i Konsorcjum Astaldi, ewentualnie odrzucenia ofert wszystkich wykonawców poza Odwołującym jako niezgodnych z treścią SIWZ, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty RAFAKO S.A.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia opisany w SIWZ obejmuje zaprojektowanie i wykonanie kompletnego Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą. Zakresem zamówienia objęte jest:

- opracowanie dokumentacji projektowej i uzyskanie wszelkich uzgodnień, opinii, ekspertyz, pozwoleń i decyzji, niezbędnych do właściwego wykonania projektów i wybudowania inwestycji zgodnie z obowiązującym prawem oraz wymogami kontraktowymi i przekazania nowych obiektów do eksploatacji,
- prace przygotowawcze na placu budowy,
- prace budowlane,
- dostawa maszyn i urządzeń technicznych wraz z montażem, próbami, uruchomieniem i ruchem próbnym,
- wykonanie podłączenia instalacji miejskiej sieci ciepłej, elektroenergetycznej, kanalizacyjnej, wodociągowej, telekomunikacyjnej.

Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

- 1) K1 Cena – waga 35%,
- 2) K2 Ocena techniczna oferowanych rozwiązań (OT) – waga 37%
 - 1.1. Maksymalna moc elektryczna brutto przy pełnej kondensacji, przy temperaturze zewnętrznej (+ 18°C i wilgotności powietrza 60%) – waga 20%,
 - 1.2. Maksymalna moc elektryczna brutto przy mocy cieplnej netto 17,5MW przy parametrach wody sieciowej jak dla temperatury zewnętrznej (-22°C) – waga 12%,
 - 1.3. Maksymalna moc potrzeb własnych energii elektrycznej (PW) dla pracy przy pełnej kondensacji, przy temperaturze zewnętrznej (+ 18°C i wilgotności powietrza 60%),
- 3) K3 Gwarancje eksploatacyjne (GE) – waga 15 %
 - 1.1. Okres międzyprzeglądowy i dyspozycyjność instalacji – waga 4%
 1. Gwarantowana długość okresu międzyprzeglądowego – 2%
 2. Gwarantowana dyspozycyjność instalacji powyżej 7.800 h/rok – 2%
 - 1.2. Gwarancje emisji zanieczyszczeń do powietrza – według deklarowanych gwarancji – waga 9%
 1. Emisja pyłów w spalinach – 2%
 2. Emisja kwaśnych, nieorganicznych składników zanieczyszczeń w spalinach – 2%
 3. Emisja tlenków azotu w spalinach – 2%
 4. Emisja CO – 1%
 5. Emisja substancji organicznych w postaci gazów i par wyrażonych jak całkowity węgiel organiczny (TOCs) – 2%
 - 1.3. Gwarancje jakości produktów spalania - według deklarowanej gwarancji – waga 2%
 1. Całkowita zawartość węgla organicznego w żużlach i popiołach paleniskowych (TOCz)
- 4) K4 Koszty związane z eksploatacją instalacji (KE) – waga 13%
 - 4.1. Operacyjne koszty zmienne – według deklarowanych gwarancji

1. Zużycie paliwa rozpałkowego podczas jednego rozruchu instalacji ze stanu „zimnego” – 1%
- 4.2. Koszty utrzymania ruchu i wymiany zespołów/części - według deklarowanych gwarancji – waga 12%
 1. Wskaźnik zużycia elementów rusztu- gwarancja trwałości rusztu – 3%
 2. Wskaźnik czasu eksploatacji części ciśnieniowej – trwałość pęczka przegrzewacza ostatniego stopnia – 3%
 3. Wskaźnik zużycia rękawów filtra workowego – 3%
 4. Wskaźnik zużycia wymurówki ogniotrwałej (dotyczy komory spalania i dopalania) nominalnie po 15 600 godz. okresu eksploatacji (nominalnie 2 lata) – 3%

W wyznaczonym terminie wpłynęły 4 oferty: RAFAKO S.A. (z ceną 397.659.000,00 zł), Konsorcjum Astaldi (z ceną 361.619.439,23 zł), Konsorcjum Polimex (z ceną 429.820.347,51 zł), Konsorcjum Budimex (z ceną 409.538.641,35 zł).

W odniesieniu do kryterium K.2.1. (max. moc elektryczna przy pełnej kondensacji), ustalonym przez Zamawiającego wymogiem minimum była wartość 7,5 MWe. Wykonawcy w Załączniku nr 3 *Zestawienie parametrów gwarancyjnych weryfikowanych – parametry eksploatacyjne*, tabela *Gwarancja mocy elektrycznej (tryb pracy w pełnej kondensacji, temp. Zewn. =18°C i wilgotność powietrza 60%)*, podali następujące wartości gwarantowane:

- Konsorcjum Budimex 8,68 MWe
- Konsorcjum Astaldi 7,90 MWe
- Rafako 8,90 MWe
- Konsorcjum Polimex 8,14 MWe

W zakresie kryterium K.2.2. (max. moc elektryczna przy mocy cieplnej 17,5 MW, kogeneracja), gdzie ustaloną przez Zamawiającego wartością minimum było 4,8 MW, wykonawcy podali następujące wartości gwarantowane:

- Konsorcjum Budimex 6,08 MWe
- Konsorcjum Astaldi 5,00 MWe
- Rafako 5,80 MWe
- Konsorcjum Polimex 4,96 MWe

W zakresie kryterium K.2.3. – max. zapotrzebowanie na moc elektryczną na potrzeby własne (ustalona przez Zamawiającego wartość maksymalna wynosi 1,5 MW), wykonawcy zaoferovali następujące wartości gwarantowane:

- Konsorcjum Budimex 1,047 MWe
- Konsorcjum Astaldi 1,05 MWe

- Rafako 1,2 MWe
- Konsorcjum Polimex 1,019 MWe

W ramach kryterium K.3.1.1. – długość okresu międzyprzebiegowego (min. 5000 h), w złożonych ofertach zadeklarowano następujące wartości:

- Konsorcjum Budimex 7.850 godzin
- Konsorcjum Astaldi 14.000 godzin
- Rafako 8.000 godzin
- Konsorcjum Polimex 8.000 godzin

W kryterium K.3.2.3 – emisja NO_x (wartość graniczna 100 mg/Nm³) wykonawcy w załączniku nr 2 zaoferowali gwarancje następującego poziomu średnich dobowych wartości emisji:

- Konsorcjum Budimex 92 mg/Nm³
- Konsorcjum Astaldi 100 mg/Nm³
- Rafako 96 mg/Nm³
- Konsorcjum Polimex 100 mg/Nm³

Zużycie oleju opałowego podczas jednego rozruchu ze stanu zimnego (kryterium K.4.1.1.) zostało zadeklarowane na następującym poziomie:

- Konsorcjum Budimex 10,9 m³/rozruch
- Konsorcjum Astaldi 24,5 m³/rozruch
- Rafako 12,5 m³/rozruch
- Konsorcjum Polimex 9,0 m³/rozruch

W odniesieniu do gwarancji trwałości rusztu – kryterium K.4.2.1., (max. 4%), oferty wykonawców w odniesieniu do gwarancji po dwóch okresach dyspozycyjności przedstawiały się następująco:

- Konsorcjum Budimex 0,9 % powierzchni rusztowin
- Konsorcjum Astaldi 1 % powierzchni rusztowin
- Rafako 4 % powierzchni rusztowin
- Konsorcjum Polimex 4 % powierzchni rusztowin

W tabeli *Gwarancja wytwarzanej mocy cieplnej (tryb pracy w maksymalnej kogeneracji)*, zgodnie z instrukcją pod tabelą wykonawcy mieli uzupełnić warunki (temperatura wody powracającej/wychodzącej, ciśnienie, prędkość wody z miejskiej sieci ciepłowniczej), w których będzie dysponować podaną mocą. Udzielając wyjaśnień do treści SIWZ, w odpowiedzi na pytanie nr 142 Zamawiający poinformował, że *precyzuje zapisy, że*

we wszystkich wymienionych punktach obowiązuje zapis: Wymagane jest osiągnięcie mocy cieplnej netto 17,5 MW przy parametrach wody sieciowej jak dla temperatury zewnętrznej – 22°C. Zamawiający wprowadzi niezbędne zmiany w IDW i PFU wynikające z udzielenia odpowiedzi na to pytanie.

Dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych ofert przedstawiała się następująco:

1. Konsorcjum Budimex – 93,51 pkt (w tym: K1 – 30,90 pkt, K2 – 36,38 pkt, K3 – 13,79 pkt, K4 – 12,44 pkt),
2. Konsorcjum Astaldi – 89,55 pkt (w tym: K1 – 35,00 pkt, K2 – 32,47 pkt, K3 – 12,60 pkt, K4 – 9,48 pkt),
3. Rafako – 87,72 pkt (w tym: K1 – 31,83 pkt, K2 – 35,70 pkt, K3 – 12,47 pkt, K4 – 7,72 pkt).

W dniu 25 czerwca 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Konsorcjum Budimex.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, w postaci niez uzyskania zamówienia.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w pełni podzieliła stanowisko Zamawiającego przedstawione w złożonych odpowiedziach na odwołania.

W odniesieniu do sprawy o sygn. akt KIO 1396/12 wskazać należy, że Odwołujący twierdził, iż oferta złożona przez Konsorcjum Budimex zawierała nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i była niezgodna z treścią SIWZ. W ocenie Izby tezy przedstawione w odwołaniu są bezpodstawne.

Przede wszystkim Izba podkreśla, że zaistnienie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia złożonej oferty należy udowodnić, a ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywał na Odwołującym. W ocenie Izby twierdzenia sformułowane w odwołaniu nie zostały udowodnione, a zarzuty odwołania zostały oparte na błędnych założeniach oraz na przypuszczeniach czy podejrzeniach Odwołującego.

Analizując stan faktyczny przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że kwestionowane parametry przedstawione w ofercie Przystępującego – Konsorcjum Budimex nie są informacjami o określonych faktach, zatem nie podlegają ocenie w kategoriach prawdy i fałszu.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko i argumentację przedstawioną w podobnej sprawie w wyroku KIO wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 711/12, w którym Izba – powołując się na tezy wynikające z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (II CKN10095/99) – stwierdziła, że oświadczenie mające charakter wyraźnie zobowiązaniowy nie może być traktowane jako informacja o istniejącej rzeczywistości (oświadczenie wiedzy). Izba wskazała, że Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie – zdaniem Sądu Najwyższego – wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. W przywołanym wyroku Izba podkreśliła, że *zobowiązanie to natomiast deklaracja wykonania opisanego świadczenia, zatem nie sposób go utożsamiać z podaniem informacji i przyrównywać do istniejącej rzeczywistości celem zweryfikowania zgodności z prawdą (z wyjątkiem sytuacji zobowiązania do świadczenia niemożliwego). Złożenie zatem oświadczenia co do gwarantowanego parametru zużycia energii elektrycznej na podstawie oszacowania z należytą starannością własnych możliwości, przewidywanej technologii, z uwzględnieniem znajomości przedmiotu, nie prowadzi do uznania złożonego oświadczenia za nieprawdziwe.*

Przenosząc powyższe tezy na grunt stanu faktycznego analizowanej sprawy, wskazać należy, że przedmiotowa inwestycja prowadzona jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a kwestionowane parametry przedstawione w ofercie Konsorcjum Budimex są deklaracjami wykonawcy co do cech nieistniejącego obecnie (i jeszcze niezaprojektowanego), a mającego dopiero powstać przedmiotu zamówienia. Osiągnięcie tych parametrów stanowi zobowiązanie do określonego zachowania w przyszłości, nie zaś informację o obiektywnie istniejącym stanie rzeczy mogącym podlegać ocenie pod kątem jego prawdziwości. Parametry te są więc elementem oświadczenia woli wykonawcy, który – znając własne możliwości techniczne i finansowe – zobowiązał się w taki sposób zaprojektować i wykonać przedmiot zamówienia, aby zadeklarowane wartości osiągnąć. Szczegółowa technologia wykonania przedmiotu zamówienia nie została przez Zamawiającego narzucona, zatem na etapie projektowania i realizacji inwestycji wykonawca zobowiązany będzie tak zaprojektować przedmiot zamówienia i dobrać odpowiednie rozwiązania techniczne, aby wywiązać się ze zobowiązania. Niewywiązanie się z tego

zobowiązania skutkować będzie koniecznością zapłaty kar umownych lub innymi sankcjami przewidzianymi w przepisach prawa. Kwestia ta nie może natomiast podlegać ocenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia i stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się do podnoszonej przez Odwołującego braku realnej możliwości osiągnięcia zaoferowanych przez Konsorcjum Budimex parametrów, stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał, aby zobowiązanie wykonawcy w zaskarżonym zakresie było zobowiązaniem do świadczenia niemożliwego. Dowód taki, w ocenie Izby, byłby możliwy do przeprowadzenia wyłącznie w sytuacji świadczenia ze swej istotny ewidentnie, obiektywnie niedającego się wykonać, jeśli niemożliwość ta byłaby wyraźna już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. O takiej sytuacji nie może być mowy w niniejszej sprawie, chociażby ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia i określony przez Zamawiającego sposób jego wykonania. Przedmiotem zamówienia jest bowiem inwestycja typu „zaprojektuj i wybuduj”, a Zamawiający pozostawił wykonawcom możliwość elastycznego doboru odpowiedniej technologii i szczegółowych rozwiązań. Odwołujący nie może więc mieć pewności, że przy odpowiednim nakładzie środków finansowych i zastosowaniu najlepszych (lub opracowaniu nowych) technologii, osiągnięcie deklarowanych parametrów jest nierealne.

Dowody powołane w treści odwołania oraz podczas rozprawy mogą być potraktowane jedynie jako uprawdopodobniające fakt, że osiągnięcie tych parametrów może być trudne, nie zaś potwierdzające niemożliwość ich osiągnięcia przy zastosowaniu odpowiednich rozwiązań oraz nakładów pracy i środków finansowych. Natomiast wykluczenie wykonawcy z postępowania wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy.

Warto w tym miejscu podkreślić, że Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę o prawie 48 mln zł wyższą niż Odwołujący oraz prawie 12 mln zł wyższą niż Rafako S.A., co może wskazywać na uwzględnienie konieczności poniesienia znacznych nakładów finansowych w celu zapewnienia jak najlepszych parametrach technicznych.

Powoływany na potwierdzenie tez Odwołującego dokument BREF nie dowodzi, że osiągnięcie kwestionowanych parametrów jest niemożliwe. Dokument ten, niemający zresztą charakteru normatywnego, został opracowany w 2006 r. i opisuje instalacje stworzone w latach 2001-2003. Ze względu na tempo rozwoju technologicznego przedstawione w nim dane należy uznać za informacje historyczne, za pomocą których nie można wykazać niemożliwości wywiązania się ze zobowiązania ofertowego. Złożona na rozprawie opinia

techniczna, sporządzona na zlecenie Odwołującego, opiera się na powyższym dokumencie, a ponadto nie zawiera jednoznacznej oceny zaoferowanych przez Przystępującego parametrów (w treści tej opinii stwierdza się: *wydaje się, że niektóre wartości podane przez jednego z uczestników przetargu są wyraźnie sprzeczne ze słusznie oczekiwanymi wartościami*).

Z powyższych względów nie można uznać, że oferta Konsorcjum Budimex zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania ani że stanowi zobowiązanie do świadczenia niemożliwego. Z tych samych powodów bezpodstawną jest teza, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Należy przy tym podkreślić, że Odwołujący ani w treści odwołania, ani podczas rozprawy, nie wskazał postanowień SIWZ, oferta Przystępującego miałaby być sprzeczna. Przystępujący zobowiązał się do osiągnięcia zadeklarowanych wartości przy zachowaniu określonych przez Zamawiającego parametrów granicznych. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że wykonawca nie wywiąże się ze swojego zobowiązania z zachowaniem wymogów SIWZ.

Nie zasługuje na uwzględnienie żądanie Odwołującego dotyczące wezwania Konsorcjum Budimex na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty. Oferta Przystępującego jest jasna i zrozumiała, gwarantowane parametry zostały określone poprzez podanie konkretnych wartości liczbowych, w sposób precyzyjny i niebudzący wątpliwości co do treści oświadczenia woli. Niezasadne jest natomiast oczekiwanie przedstawienia w ramach wyjaśnień konkretnych rozwiązań, które będą opracowywane i optymalizowane dopiero na etapie realizacji zamówienia, czy też jakiegokolwiek weryfikowanie za pomocą tych wyjaśnień możliwości uzyskania spornych parametrów. Jak stwierdził Zamawiający, niemożliwe jest sprawdzenie spełniania tych parametrów w sposób teoretyczny, poprzez przeprowadzenie obliczeń czy symulacji bazujących na przygotowanym projekcie zakładu – ze względu na brak takiego projektu oraz brak w pełni ustalonych rozwiązań.

Odnosząc się do odwołania złożonego przez Rafako S.A. Izba w pełni podtrzymuje tezy i argumentację przedstawioną w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia w odniesieniu do sprawy KIO 1396/12, a dotyczącą zarzutów złożenia nieprawdziwych informacji oraz niezgodności oferty z treścią SIWZ, stwierdzając, że niezasadne są zarzuty sformułowane zarówno w odniesieniu do oferty Konsorcjum Budimex, jak i oferty Konsorcjum Astaldi. Kwestionowane elementy tych ofert są oświadczeniem woli wykonawców, nie zaś informacjami o weryfikowalnych faktach. Stanowią one treść zobowiązania, określoną z uwzględnieniem wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Brak jest również

jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że zaskarżone oferty zawierają zobowiązanie do świadczenia niemożliwego.

Odwołujący na potwierdzenie zasadności podniesionych zarzutów złożył obliczenia mające podważać możliwość osiągnięcia deklarowanych wartości zużycia energii na potrzeby własne oraz produkcji energii w trybie kogeneracji. Odnosząc się do tych obliczeń zauważyć należy, że zostały oparte na wartościach referencyjnych wynikających z dokumentu BREF, który to dokument, z przyczyn opisanych w części uzasadnienia dotyczącej sprawy KIO 1396/12 nie może, zdaniem Izby, stanowić podstawy zakwestionowania poprawności ofert. Ponadto Odwołujący na obecnym etapie nie ma wiedzy na temat technologii i rozwiązań, które zostaną zastosowane przez wykonawców w przyszłości, przy realizacji zamówienia, zatem obliczenia te mają jedynie charakter przypuszczeń. Dodatkowo Izba zauważyła, że powyższe obliczenia zostały złożone podczas rozprawy w formie niepodpisanych wydruków, w związku z tym nie mają żadnej mocy dowodowej, a mogą być potraktowane jedynie jako stanowisko strony postępowania odwoławczego.

Nieuprawnionym, zdaniem Izby, było kwestionowanie poprawności złożonych ofert poprzez ich porównanie do ofert złożonych w postępowaniu na budowę spalarni w Koninie. Z faktu zaoferowania w innym postępowaniu odmiennych wartości gwarantowanych nie można wnioskować o niemożliwości osiągnięcia lepszych parametrów przy realizacji kolejnej inwestycji. Po pierwsze, występowanie nawet niewielkich różnic dotyczących przedmiotu zamówienia może istotnie wpłynąć na techniczną stronę oferty. Ponadto, jak słusznie zauważył Zamawiający, wykonawcy optymalizują swoje oferty pod kątem kryteriów oceny ofert, a kryteria te były różne w obu postępowaniach.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut dotyczący niepodania przez Konsorcjum Budimex, Konsorcjum Astaldi oraz Konsorcjum Polimex parametrów wody z miejskiej sieci ciepłowniczej.

Nie ma wątpliwości, że parametry te zostały określone w punkcie 7.4.1 PFU. Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 142 do SIWZ jednoznacznie potwierdza te parametry i brak obowiązku określania ich przez wykonawców. Z chwilą udzielenia powyższych wyjaśnień, instrukcja dotycząca wypełnienia tabeli – mimo że formalnie nieusunięta z wzoru załącznika nr 3 – stała się bezprzedmiotowa.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołania podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....