

**Sygn. akt: KIO 1536/17**

**WYROK**  
**z dnia 11 sierpnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz  
Paweł Trojan**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 sierpnia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 lipca 2017 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Firm: 1) Astaldi S.p.A (Lider Konsorcjum), 2) T.M.E.S.p.A. Termomeccanica Ecologia, ul. Lodovico Mancini 5, 201129, Mediolan, Włochy (Partner), 3) TIRU S.A., Tour Franklin 10<sup>ème</sup> étage, La Défense 8, 92042 Paris La Défense Cedex, Francja (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym, Włochy; adres do doręczeń: ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Utylizacji Sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k., ul. Chmielna 25,00-021 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

**1. uwzględnia odwołanie w części dotyczącej:**

- a) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6) Prawa Zamówień Publicznych zwanego dalej: „Pzp” w zw. z art. 2 pkt 1) PZP oraz w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k., ul. Chmielna 25,00-021 Warszawa zwanego dalej: „ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k.”, podczas gdy oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny w zakresie składnika: „Cena Kontraktowa za Obsługę”;
- b) zarzutu z którego uzasadnienia faktycznego wynika, że ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. powierzyła w ofercie częściowo podwykonawstwo podmiotowi, który jest niedoświadczony, abstrahując od treści wniosku w zakresie wykazywanego i punktowanego doświadczenia, w sytuacji gdy zakres czynności objęty owym podwykonawstwem jest tego rodzaju, że udział w realizacji jest konieczny, a ewentualne uczestnictwo w innej formie niż podwykonawstwo podmiotu doświadczonego jest niewystarczające, co winno skutkować odrzuceniem przez Zamawiającego oferty ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1) PZP;
- c) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. pomimo, że oferta jest niezgodna z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, w tym m.in. pkt. 2.2 Załącznika 2 do Warunków Umownych - Mechanizm Wynagradzania Wykonawcy w Okresie Obsługi („Mechanizm Wynagradzania”) z uwagi na nieuwzględnienie przez wykonawcę ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. w Opłacie Głównej ( $O_r$ ) (i) w ramach składnika  $OS_1$  wszystkich kosztów stałych związanych z realizacją przedsięwzięcia, co było wymagane przez Zamawiającego zgodnie pkt. 2.2 Załącznika 2 - Mechanizm Wynagrodzenia oraz (ii) niewycenienia (niewypełnienia) pozycji  $OP_1$  oraz  $OT_1$  w załączniku nr 2 do Formularza Oferty wykonawcy ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k.) - bez kwestii Tabeli Elementów Scalonych;

d) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, iż wykonawca ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. dokonał manipulacji ceną w zakresie opłaty ( $O_r$ ) jako sumy opłat: Opłaty Stałej ( $OS_r$ ) głównej, poprzez (i) nieuwzględnienie w ramach składnika  $OS_1$  wszystkich kosztów stałych związanych z realizacją przedsięwzięcia, co było wymagane przez Zamawiającego zgodnie pkt. 2.2 „Mechanizm Wynagradzania” oraz (ii) niewypełnienie (niewycenienie) pozostałych pozycji wchodzących w skład opłaty głównej (to jest opłaty stałej ( $OT_r$ ) za transport odpadów oraz opłaty stałej ( $OP_r$ ) za zagospodarowania odpadów poprocesowych), co doprowadziło do sztucznego zaniżenia elementu wynagrodzenia wykonawcy, będącego przedmiotem oceny oferty w ramach podkryterium 3.1 (wysokość stałej opłaty głównej w pierwszym roku obsługi), a w konsekwencji do wyboru oferty droższej, niż oferta Odwołującego;

e) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ z uwagi na nieuwzględnienie przez wykonawcę ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. faktycznych kosztów zużycia energii elektrycznej ( $E_{zr}$ ) oraz zużycia wody z sieci miejskiej ( $W_{zr}$ ), co było wymogiem Zamawiającego zgodnie z pkt. 2.4. Mechanizmu Wynagradzania;

f) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ w zakresie efektywności energetycznej zakładu (wydajności turbiny), ponieważ wartości zadeklarowane przez ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie ilości wytworzonej energii elektrycznej brutto nie mogą zostać realnie osiągnięte – dotyczy niskich wsadów odpadów, czyli niskich ilości odpadów do przetworzenia cieplnego;

i nakazuje unieważnienie przez Zamawiającego czynności z dnia 14 lipca 2017 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie ofert Przystępującego: ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k., z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania we wskazanym wyżej zakresie. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Utylizacji Sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) Astaldi S.p.A (Lider Konsorcjum), 2) T.M.E.S.p.A. Termomeccanica Ecologia, ul. Lodovico Mancini 5, 201129, Mediolan, Włochy (Partner), 3) TIRU S.A., Tour Franklin 10<sup>ème</sup> étage, La Défense 8, 92042 Paris La Défense Cedex, Francja (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym, Włochy; adres do doręczeń: ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Zakładu Utylizacji Sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk** na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) Astaldi S.p.A (Lider Konsorcjum), 2) T.M.E.S.p.A. Termomeccanica Ecologia, ul. Lodovico Mancini 5, 201129, Mediolan, Włochy (Partner), 3) TIRU S.A., Tour Franklin 10<sup>ème</sup> étage, La Défense 8, 92042 Paris La Défense Cedex, Francja (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym, Włochy; adres do doręczeń: ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 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 Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego o udzielenie zamówienia publicznego pn. "System gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej" - zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie, utrzymanie i eksploatacja, ewentualnie z finansowaniem, Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów w Gdańsku o nominalnej wydajności przetwarzania odpadów komunalnych do 250 000 Mg/rok w technologii rusztowej (Nr 29/DK/2014), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 178-314893 z 17.09.2014 r., przez Zakład Utylizacji Sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk zwany dalej: „Zamawiającym”. Stan prawny na dzień 17.09.2014 r.

W dniu 14.07.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k., ul. Chmielna 25,00-021 Warszawa zwanej dalej: „ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k.” albo „ITPOK” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum Firm: 1) Astaldi S.p.A (Lider Konsorcjum), 2) T.M.E.S.p.A. Termomeccanica Ecologia, ul. Lodovico Mancini 5, 201129, Mediolan. Włochy (Partner), 3) TIRU S.A., Tour Franklin 10<sup>ème</sup> étage, La Défense 8, 92042 Paris La Défense Cedex, Francja (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym, Włochy; adres do doręczeń: ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Astaldi” albo „Odwołującym”.

W dniu 24.07.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Astaldi wniosło odwołanie na w/w czynność z 14.07.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 14.07.2017 r. (e-mailem). Zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 2 pkt 1) Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ITPOK, podczas gdy oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny w zakresie składnika: „Cena Kontraktowa za Obsługę” gdyż IPTOK zastosował błędną stawkę podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy prawidłowa stawka podatku VAT jaką należało przyjąć w zakresie obliczenia składnika „Cena Kontraktowa za Obsługę” wynosi 8%,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania ITPOK mimo, że

wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,

3. art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp poprzez niewykluczenie ITPOK, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

4. art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez niedokonanie odrzucenia oferty ITPOK, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a zatem jego ofertę należy uznać za odrzuconą,

5. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta ITPOK jest niezgodna z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ” w tym m.in.: pkt 10.9.1. Warunków Umownych; 5.6.1. Wymagań Zamawiającego, pkt 1.6 Załącznika 7 do Wymagań Zamawiającego - Standardy Świadczenia Usług, pkt. 1.4 oraz 2.3.1,4 ppkt 8 Załącznika nr 3 do Wymagań Zamawiającego - „Program Funkcjonalno-Użytkowy” (zwanego dalej: „PFU”) ponieważ zaoferowane przez ITPOK rozwiązania dotyczące instalacji nie pozwalają na prowadzenie procesu termicznego przekształcania odpadów, w celu odzysku energii w sposób zapewniający uznanie procesu za proces odzysku R 1 w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, tak aby efektywność energetyczna instalacji osiągnęła kryterium kwalifikujące termiczne przetwarzanie odpadów komunalnych w instalacji jako proces odzysku R 1, czego wymagał Zamawiający w SIWZ,

6. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ, w tym m.in. pkt. 2.2 Załącznika 2 do Warunków Umownych - Mechanizm Wynagradzania Wykonawcy w Okresie Obsługi („Mechanizm Wynagradzania”) z uwagi na nieuwzględnienie przez ITPOK w Opłacie Głównej ( $O_r$ ) (i) w ramach składnika  $OS_1$  wszystkich kosztów stałych związanych z realizacją Przedsięwzięcia, co było wymagane przez Zamawiającego zgodnie pkt. 2.2 Załącznika 2 - Mechanizm Wynagrodzenia oraz (ii) niewycenienia (niewypełnienia) pozycji  $OP_1$  oraz  $OT_1$  w załączniku nr 2 do Formularza Oferty ITPOK),

7. art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, iż ITOPK dokonał manipulacji ceną w zakresie opłaty ( $O_r$ ) jako sumy opłat: Opłaty Stałej ( $OS_r$ ) głównej, poprzez (i) nieuwzględnienie w ramach składnika  $OS_1$  wszystkich kosztów stałych związanych z realizacją Przedsięwzięcia, co było wymagane przez Zamawiającego zgodnie pkt. 2.2 „Mechanizm Wynagradzania” oraz (ii) niewypełnienie (niewycenienie) pozostałych pozycji wchodzących w skład opłaty głównej (to jest opłaty Stałej ( $OT_r$ ) za transport odpadów oraz Opłaty Stałej ( $OP_r$ ) za zagospodarowania odpadów poprocesowych), co doprowadziło do sztucznego zaniżenia elementu wynagrodzenia wykonawcy, będącego przedmiotem oceny oferty w ramach podkryterium 3.1 (wysokość stałej opłaty głównej w pierwszym roku Obsługi), a w konsekwencji do wyboru oferty droższej, niż oferta Odwołującego,

8. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ z uwagi na nieuwzględnienie przez ITPOK faktycznych kosztów zużycia energii elektrycznej ( $E_{zr}$ ) oraz zużycia wody z sieci miejskiej ( $W_{zr}$ ), co było wymogiem Zamawiającego zgodnie z pkt. 2.4. Mechanizmu Wynagradzania;

9. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ, w tym m.in.: pkt. 2.1.3.4.1 PFU, pkt. 2.3 Załącznika 7 do Wymagań Zamawiającego - Standardy Świadczenia Usług, pkt. 3 lit. h) Decyzji Środowiskowej stanowiącej załącznik nr 2 do PFU, w zakresie wymagań SIWZ dotyczących turbiny upustowo-kondensacyjnej,

10. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ, w tym m.in.: pkt. 2.1.3.4.1 PFU, pkt. 2.3 Załącznika 7 do Wymagań Zamawiającego - Standardy Świadczenia Usług, pkt. 3 lit. h) Decyzji Środowiskowej stanowiącej załącznik nr 2 do PFU, w zakresie efektywności energetycznej zakładu, ponieważ wartości zadeklarowane przez ITPOK w zakresie ilości wytworzonej energii elektrycznej brutto nie mogą zostać realnie osiągnięte,

11. a w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty ITPOK jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ITPOK powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na zarzuty wskazane powyżej oraz zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (zwana dalej: „KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania oraz dowodów wskazanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru oferty ITPOK jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie odrzucenia oferty ITPOK;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

1.1 Zamawiający prowadzi postępowanie na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno - prywatnym („Ustawa o PPP” - Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U z 2009, nr 19, poz. 100, ze zm.) obowiązująca w dacie wszczęcia postępowania.) oraz Pzp, w trybie dialogu konkurencyjnego. Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy Pzp obowiązujące według stanu prawnego na dzień wszczęcia

postępowania, to jest na dzień 17 września 2014 r. Przedmiotem postępowania jest wybór partnera prywatnego, który na podstawie umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym („Umowa” lub „Warunki Umowne”) będzie zobowiązany do zaprojektowania, wybudowania i zarządzania, utrzymania i eksploatacji, ewentualnie z finansowaniem, Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów w Gdańsku o nominalnej wydajności przetwarzania odpadów komunalnych do 250 000 Mg/rok w technologii rusztowej („Instalacja”).

1.2 Postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego, w którym w pierwszym etapie dokonano prekwalfikacji wykonawców. Następnie z wybranymi wykonawcami przeprowadzono dialog konkurencyjny, a następnie zaproszono ich do złożenia ofert. Do dnia upływu terminu składania ofert tj. do 30 czerwca 2017 r. oferty złożyli następujący wykonawcy: 1) wykonawca ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k.; 2) Odwołujący tj. konsorcjum w składzie: ASTALDI S.p.A., TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia, oraz TIRU S.A.

1.3 W dniu 14 lipca 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z oceną dokonaną przez Zamawiającego, według kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, jako najkorzystniejsza wybrana została oferta wykonawcy ITPOK, zaś oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6) Pzp w zw. z art. 2 pkt 1) Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - błąd w obliczeniu ceny oferty ITPOK w zakresie składnika: „Cena Kontraktowa za Obsługę” polegający na przyjęciu przez ITPOK niewłaściwej stawki podatku VAT w wysokości 23%.

2.1 Zgodnie z ofertą Odwołującego cena ofertowa wynosi 1360 680 100,53 PLN brutto w tym 165 215 319,53 PLN podatku VAT, i obejmuje następujące składniki:

- 1) Cena Kontraktowa za Projektowanie netto 9 999 900,00 PLN +23% VAT,
- 2) Cena Kontraktowa za Budowę netto 453 749 581,00 PLN +23% VAT,
- 3) Fundusz Odtworzeniowy netto 104 766,00 PLN netto +23% VAT oraz
- 4) Cena Kontraktowa za Obsługę netto 731610 534,00 PLN +8% YAT tj. 790139 376,72 PLN brutto.

2.2 Cena ofertowa wykonawcy ITPOK wynosi 1496 856 091,56 PLN brutto w tym 279 899 919,56 PLN podatku VAT, i obejmuje następujące składniki:

- 1) Cena Kontraktowa za Projektowanie netto 9 804.900,00 PLN +23% VAT,
- 2) Cena Kontraktowa za Budowę netto 416 495 100,00 PLN +23% VAT,
- 3) Fundusz Odtworzeniowy netto 3 510 796,00 PLN netto +23% VAT oraz
- 4) Cena Kontraktowa za Obsługę netto 787 145 376,00 PLN +23% VAT tj. 968 188 812.48 PLN brutto.

2.3 Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz SIWZ zakres zamówienia obejmuje zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie, utrzymanie i eksploatację zakładu

termicznego przekształcania odpadów w Gdańsku.

2.4 Regulacje art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług (Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U z 2017 r., Nr 1221, ze zm. – zwana dalej: „Ustawa o VAT”) stanowią, iż opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Art. 2 pkt 6 Ustawy o VAT stanowi, że przez towary rozumie się rzeczy oraz ich części, a także wszelkie postacie energii; na podstawie art. 7 ust. 1 Ustawy o VAT, przez dostawę towarów, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel.

2.5 Natomiast przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 Ustawy o VAT, rozumie się, zgodnie z art. 8 ust. 1, każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7.

2.6 Na podstawie obowiązującego od dnia 1 stycznia 2011 r. art. 5a Ustawy o VAT, towary lub usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5, wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, jeżeli dla tych towarów lub usług przepisy Ustawy o VAT lub przepisy wykonawcze wydane na jej podstawie powołują symbole statystyczne. Powyższa regulacja oznacza, iż do klasyfikacji usług dla celów zastosowania przepisów z zakresu podatku od towarów i usług stosuje się klasyfikacje statystyczne w każdym takim przypadku, gdy odpowiedni symbol statystyczny powołany jest w treści samej ustawy o VAT, albo w treści odpowiedniego aktu wykonawczego. W aktualnym stanie prawnym, do celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług stosuje się PKWiU, wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług.

2.7 Podatnik jest zobowiązany do prawidłowego określenia przedmiotu opodatkowania, co wiąże się z prawidłowym zdefiniowaniem wykonywanych czynności. Zasadą jest, że zainteresowany podmiot sam klasyfikuje swoje produkty (wyroby i usługi), towary, środki trwale i obiekty budowlane według zasad określonych w poszczególnych klasyfikacjach i nomenklaturach.

2.8 Zasadą jest, że każde świadczenie należy traktować odrębnie, może jednak dojść do sytuacji, w której dwa lub więcej świadczeń będą tak ściśle powiązane, że stworzą jedno ekonomicznie świadczenie. Zasadą jest także, że świadczenia podlegają opodatkowaniu VAT stawką podstawową, a wyjątkiem są m.in. stawki obniżone (jest to tzw. ścisła interpretacja).

2.9 Jak już wyżej wspomniano zasadą jest, że każde świadczenie powinno być opodatkowane odrębnie. Niemniej jednak w obrocie gospodarczym często spotykamy

zjawiskiem są tzw. świadczenia złożone. Są to transakcje, które składają się z szeregu pojedynczych świadczeń mogących potencjalnie zostać uznanych za odrębne czynności opodatkowane, jednak są one powiązane ze sobą w ten sposób, że stanowią razem ekonomiczną i funkcjonalną nierozzerwalną całość - w szczególności z punktu widzenia odbiorcy danego świadczenia - tj. taką, że ich rozdzielenie miałoby charakter sztuczny.

2.10 Regulacje polskiej Ustawy o VAT, jak i unormowania Dyrektywy 2006/112/WE nie zawierają definicji świadczenia złożonego, ani też nie określają kryteriów, według jakich należy takie świadczenia identyfikować. W związku z ich brakiem, należy wskazać w pierwszej kolejności na kryteria kwalifikacji świadczeń złożonych, wypracowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”), a także w orzecznictwie polskich sądów administracyjnych.

2.11 Bogate orzecznictwo TSUE, jak i polskich sądów administracyjnych umożliwia wyodrębnienie kryteriów kwalifikujących zespół czynności jako jednolitego świadczenia o charakterze złożonym, tj.:

- rozdzielenie czynności składających się na świadczenie miałoby charakter sztuczny;
- wszystkie czynności będące jednym świadczeniem stanowią ekonomiczną całość i jedynie całe świadczenie stanowi sens gospodarczy dla nabywcy;
- za świadczenie całości czynności przewidziana jest jedna cena (jedno wynagrodzenie);
- poszczególne czynności, będące świadczeniami pomocniczymi, nie stanowią dla odbiorcy świadczenia celu samego w sobie,

2.12 W szczególności warto w tym miejscu przytoczyć stanowisko z wyrok TSUE w sprawie C-251/05 Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs & Excise, w którym wskazano, iż należy dać prymat ochronie zasady nierozszerzania zwolnienia podatkowego nad traktowaniem kliku dostaw jako świadczenia złożonego, opodatkowanego wedle zasad dotyczących świadczenia głównego. Każde odstępstwo od zasadniczej stawki podatku od towarów i usług winno być zatem interpretowane ściśle i ta ogólna zasada musi być brana bezwzględnie pod uwagę przy ocenie okoliczności konkretnej sprawy.

2.13 Ponadto Trybunał w wyroku z 25.02.1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise, stwierdził, że *"W celu ustalenia, dla celów S/AT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść przepisu art. 2(1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT"*. Trybunał wskazał, iż *"pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy,*

*gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas, gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej".*

2.14 W wyroku z 27.10.2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV, OV Bank IW p-ko Staatssecretaris van Financien, Trybunał zauważył, że art. 2 (1) VI Dyrektywy *"należy interpretować w ten sposób, że jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej".*

2.15 Kwestii świadczeń złożonych dotyczył także wyrok TSUE w sprawie C-572/07 RLRE Tellmer Property sro p-ko Finančni reditelstvi v Dsti nad Labem, w którym uznano usługi sprzątnięcia części wspólnych budynku towarzyszące korzystaniu z najętego budynku, jako mogące funkcjonować rozdzielnie.

2.16 Dodatkowo w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 06.06.2015 r. sygn. akt: III SA/Wa 1552/15 (orzeczenie prawomocne), zauważono, iż: *„(...) jeżeli w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu usługi głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej."*

2.17 Bazując na wyżej wymienionym orzecznictwie, Odwołujący - składając ofertę, kwalifikując ją na potrzeby opodatkowania podatkiem od towarów i usług odnośnie Ceny Kontraktowej za Projektowanie, Ceny Kontraktowej za Budowę oraz Fundusz Odtworzeniowy - zastosował stawkę podstawową 23%, natomiast w odniesieniu do Ceny Kontraktowej za Obsługę -zastosował stawkę obniżoną zgodnie z art. 41 ust. 2 w zw. z poz. 149 załącznika nr 3 do Ustawy o VAT, przewidującego możliwość zastosowania obniżonej stawki VAT do usług sklasyfikowanych w PKWiU 38.21.2 - Usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne uznając wszystkie te usługi jako czynności odrębne.

2.18 Odnosząc się do Usługi związanej z zarządzaniem, utrzymaniem oraz eksploatacją zakładu termicznego przekształcania odpadów w Gdańsku należy wskazać, iż zgodnie z pkt. 1.1.84 Warunków Umownych „Usługi” oznacza świadczone przez Wykonawcę w Okresie Obsługi usługi w zakresie:

*(i) odbioru Frakcji od RIPOK*

*(ii) prowadzenia termicznego przekształcania Frakcji w Instalacji*

*(iii) produkcji ciepła oraz energii elektrycznej*

*(iv) utrzymania i konserwacji Instalacji zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego oraz wykonywanie wszystkich innych obowiązków Wykonawcy przewidzianych w Umowie.*

2.19 Należy zauważyć, iż usługi (wymienione powyżej) świadczone w ramach Usług w Okresie Obsługi stanowią jedno, złożone świadczenie, którego wiodącym elementem jest usuwanie odpadów/spalanie odpadów.

2.20 Na podstawie orzecznictwa TSUE, krajowych sądów administracyjnych oraz stanowisk organów podatkowych można wskazać okoliczności, które świadczą, że świadczenie „Usług” w Okresie Obsługi usługi w przypadku projektu PPP w Gdańsku jest świadczeniem złożonym, a mianowicie:

- celem Zamawiającego jest otrzymanie kompleksowej usługi spalania odpadów, które składa się z kilku świadczeń (wymienionych powyżej), a zatem należy zauważyć, iż celem samym w sobie nie jest usługa utrzymania i konserwacji Instalacji lub wytwarzania energii elektrycznej i ciepła w skojarzeniu;
- usługa utrzymania i konserwacji Instalacji sama w sobie nie zostałaby nabyta gdyby Zamawiający nie nabywał usług w zakresie zarządzania, utrzymania i eksploatacji zakładu termicznego przekształcania odpadów, podobnie, ze względu na cele środowiskowe i kontekst całego przedsięwzięcia, wytwarzanie energii cieplnej i elektrycznej ma charakter uboczny. Dla przykładu można wskazać, że zgodnie z pkt. 17.3 Umowy (ryzyka Zamawiającego w Okresie Obsługi: ryzyko dostarczenia Odpadów Umownych jest ryzykiem zamawiającego (pkt 17.3. (k), podobnie ryzyko braku odbioru ciepła i wysokości cen zbycia ciepła lub energii elektrycznej z przyczyn za które nie ponosi odpowiedzialności wykonawca (pkt 17.3. (p) - wykonawca powinien zagwarantować wyłącznie techniczną sprawność instalacji (por. pkt. 17.4.1. (c)); podobnie w Wymaganiach Zamawiającego, Zamawiający podkreśla, że odzysk energii z procesu termicznego przekształcania nastąpi „proporcjonalnie do ilości i jakości dostarczonych Odpadów Umownych (5.6.1);
- utrzymanie i konserwacja Instalacji jest warunkiem prawidłowego świadczenia zasadniczego świadczenia w postaci zarządzania, utrzymania i eksploatacji zakładu termicznego przekształcania odpadów;
- w Umowie wyekspozowano przypadek Braku Dostępności Instalacji (a więc zawinionej przez wykonawcę przerwy w świadczeniu Usług skutkującej niemożnością przyjęcia i przetworzenia Odpadów Umownych. W takim przypadku Wykonawca ma nie tylko obowiązek wyrównania szkody powstającej u zamawiającego, ale ma także obowiązek zapewnienia „odbioru i zgodnego z prawem zagospodarowania Frakcji” na własny koszt i ryzyko (pkt. 10. 6 Umowy), co świadczy o pomocniczości tych dwóch elementów świadczeń w stosunku do zasadniczego świadczenia w postaci zarządzania, utrzymania i eksploatacji zakładu termicznego przekształcania odpadów;
- w świetle Umowy Zamawiający nie ma możliwości wyboru innego świadczeniodawcy niż

wykonawca w zakresie utrzymania i konserwacji Instalacji czy wytwarzania energii elektrycznej i ciepła w skojarzeniu, bowiem Zamawiający nie może tych elementów w sposób „naturalny” rozdzielić. Poszczególne czynności w ramach realizowanej Usługi są ze sobą nierozzerwalnie związane i obiektywnie tworzą one jedną całość w aspekcie gospodarczym, której rozdzielenie miałyby sztuczny charakter. Należy zauważyć, że Zamawiający w sytuacji korzystania z innego świadczeniodawcy w zakresie każdej czynności składającej się na Usługę ponosiłby większe koszty, niż korzystając z usług wykonawcy. Ponadto zgodnie z definicją przedsięwzięcia zawartą w Ustawie o PPP poszczególne elementy zarządzania danym składnikiem majątkowym muszą być wykonywane przez jeden podmiot /art. 2 pkt 4 Ustawy o PPP - Zgodnie z art. 2 pkt. 4 Ustawy o PPP, przedsięwzięciem jest budowa, remont obiektu budowlanego, świadczenie usług, wykonanie dzieła (...), inne świadczenie - połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia (...)/, co oznacza brak możliwości prawnej wydzielenia danych świadczeń dla dwóch odrębnych podmiotów;

- ponadto, Zamawiający oczekiwał podania w ofercie Wykonawcy szczegółowych danych dotyczących kosztów świadczenia Usługi (w tym wymagania dotyczące założeń technologicznych co do zużycia wody, energii), a także wyceny kosztów remontów i poszczególnych usług wchodzących w skład Usług, które stanowią dla Zamawiającego gwarancję utrzymania kosztów świadczenia Usług w całym okresie Umowy. Warto zaznaczyć, że wynagrodzenie za dokonywane Odtworzenia (tu: wymiana poszczególnych elementów Urządzeń, została wyłączona przez Zamawiającego do odrębnej pozycji kosztowej: Wynagrodzenie z tytułu Funduszu Odtworzeniowego, i jako taka została przez obu wykonawców, prawidłowo, oznaczona stawką podstawową);

- fakt niepodzielności kompleksowej Usługi w Okresie Obsługi odzwierciedla również sposób wynagrodzenia podanego w Ofercie. Zauważyć należy, że element płatności za usługi utrzymania oraz związane z energią elektryczną nie zostały wyodrębnione w mechanizmie płatności, ani na fakturach, które będą wystawiane przez Wykonawcę, które - co należy podkreślić - wiążą wynagrodzenie wykonawcy z ilością zagospodarowanych Odpadów Umownych;

- warto podkreślić, że mechanizm wynagrodzenia ściśle odnosi się do ilości przetwarzanych Odpadów. Jak wynika z Mechanizmu Wynagrodzenia - Opłata Stała ma pokryć wszelkie koszty wykonawcy „niezależnie od ilości przetworzonych odpadów”, Opłata zmienna, pokrywa koszty „w zależności od ilości przetworzonych Odpadów”. Taka konstrukcja również pokazuje, że głównym celem Zamawiającego jest powstanie instalacji termicznego przekształcania Odpadów, która zagospodaruje Frakcję powstającą na terenie Gdańska i innych gmin biorących udział w przedsięwzięciu, o czym niżej.

2.21 Biorąc pod uwagę istotę świadczenia (głównym celem Zamawiającego jest nabycie

usługi spalania odpadów, inne świadczenia wskazane w umowie nie stanowią dla niego celu samego w sobie), popartą przez przyjęty przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu kodów CPV. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w Ogłoszeniu dokonał opisu przedmiotu zamówienia klasyfikując je jako „usługi” (oznaczając Kategorię usług jako *usługi w dziedzinie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne (kategoria 16)*, a także wskazując na główny cel zamówienia na usługi związane z odpadami (kod 90500000).

2.22 Ten podstawowy cel Zamawiającego został także odzwierciedlony w ofercie i Formularzu Ofertowym, w którym Zamawiający przewidział jedną cenę na usługi dotyczące obsługi spalarni („Wynagrodzenie w Okresie Obsługi”), należy wywnioskować, iż jest to świadczenie kompleksowe, którego głównym elementem jest transport i spalanie odpadów oraz świadczenia pomocnicze.

2.23 Odwołujący wskazał, że z dokonanej w podobnym stanie faktycznym przez Urząd Statystyczny w Łodzi oficjalnej kwalifikacji statystycznej (pismo z dnia 20.06.2012 nr OKN-5672/KU-1926/2012) wynika, że usługi, za które wykonawca będzie otrzymywał od zamawiającego wynagrodzenie, polegające *na przyjęciu i spalaniu odpadów komunalnych we własnej spalarni odpadów, mieszczą się w grupowaniu PKWiU 38.21.23.0 „Usługi związane ze spalaniem odpadów innych niż niebezpieczne”* należącym zgodnie z PKWiU 2008 do kategorii PKWiU 38.21.2 „Usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne”, a więc - jak wykażemy poniżej, stawką obniżoną.

2.24 Stawka podatku zgodnie z przepisem art. 41 ust. 1 Ustawy o VAT wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Natomiast, dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku stosownie do art. 41 ust. 2 ustawy wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. Stosownie do art. 146a pkt 1 i 2 ww. ustawy o VAT, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2018 r., z zastrzeżeniem art. 146f stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23%, zaś stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz w tytule załącznika nr 3 do ustawy wynosi 8%.

2.25 Zgodnie z załącznikiem nr 3 poz. 149 do ustawy o VAT, biorąc pod uwagę wskazane wyżej przepisy ustawy o VAT, usługi z kategorii PKWiU 38.21.2 „Usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne” są opodatkowane stawką podatku w wysokości 8%.

2.26 W konsekwencji, do świadczenia „Usług” w Okresie Obsługi stanowiących jedno, złożone świadczenie, którego wiodącym elementem jest usuwanie odpadów/spalanie odpadów, należy zastosować stawkę 8%. Prawidłowość tego stanowiska potwierdza ugruntowana linia interpretacyjna organów podatkowych wykształcona na gruncie podobnych stanów faktycznych. Przykładowo w indywidualnej interpretacji z dnia 25 czerwca

2013 r. wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, sygn. IPPPI/443-437/13-2/MPe stwierdzono, iż: „W opisanym zdarzeniu przyszłym X. przy wykorzystaniu ITPOK będzie świadczyć na rzecz Miasta usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne, zasadniczo polegające na spalaniu odpadów innych niż niebezpieczne w przeznaczonych do tego obiektach (ITPOK). Jednocześnie X. podkreśla, że wykonywanie spalania odpadów będzie istotą usługi świadczonej przez X. na rzecz Miasta, przy czym ww. usłudze będą towarzyszyły czynności pomocnicze, takie jak odbiór odpadów „na bramie” ITPOK oraz preselekcja przyjętych odpadów pozwalająca zachować sprawność instalacji oraz prawidłowość procesu obróbki termicznej. Natomiast dostawa energii elektrycznej oraz ciepła, stanowiących uboczny efekt ww. procesu spalania odpadów, będzie się odbywała na rzecz podmiotów innych niż Miasto i za odrębnym wynagrodzeniem (nie będzie stanowiła elementu usługi świadczonej przez X. na rzecz Miasta). W świetle powyższego, zdaniem X., uzasadnione jest sklasyfikowanie usług świadczonych przez X. na podstawie Umowy PPP, objętych opisem zdarzenia przyszłego, jako usług o kodzie PKWiU 38.21.23.0. Do usług tych zastosowanie znajdzie 8% stawka podatku VAT, co wynika z zastosowania normy prawnej zawartej w powołanym wyżej art. 5a Ustawy o VAT. Taką też stawkę podatku VAT X. powinna doliczać do kwot netto wykazywanych na fakturach wystawianych na rzecz Miasta.”,

2.27 Analogiczne do powyższego stanowisko zawarto w interpretacji z dnia 17 grudnia 2012 r., sygn. ILPP1/443-867/12-5/N5 wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu, która - co należy podkreślić - została wydana dla projektu budowy i eksploatacji instalacji termicznego przekształcania odpadów realizowanego na podstawie Ustawy o PPP w modelu partnerstwa publiczno - prywatnego, a więc w sytuacji gdy partner prywatny - analogicznie jak w modelu realizowanym przez Zamawiającego - będzie odpowiedzialny za budowę, eksploatację i utrzymanie instalacji termicznego przekształcania odpadów, w ramach której efektem ubocznym będzie także produkcja energii cieplnej i elektrycznej dla podmiotów innych niż zamawiający.

2.28 W związku z powyższym należy uznać za nieprawidłową dokonaną przez wykonawcę ITPOK klasyfikację na potrzeby podatku VAT poszczególnych usług obejmujących zamówienie na „System gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej”, w tym zastosowanie do „Usług” w Okresie Obsługi, a tym samym Ceny Kontraktowej za Obsługę stawki podatku VAT w wysokości 23%.

2.29 Zastosowanie do celów obliczenia Ceny Kontraktowej za Obsługę stawki podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy prawidłowa stawka podatku VAT wynosi 8% stanowi nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny, a tym samym oferta ITPOK winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) Pzp.

2.30 W tym miejscu należy wskazać, iż w niniejszym postępowaniu jeden z wykonawców wystąpił z wnioskiem do Zamawiającego o jednoznaczne rozstrzygnięcie przez

Zamawiającego w SIWZ wysokości podatku VAT jaki należy przyjąć do wyliczenia wartości brutto wszystkich elementów oferty (zarówno Ceny Kontraktowej za Projektowanie, Ceny Kontraktowej za Budowę, Funduszu Odtworzeniowego, a w szczególności Ceny Kontraktowej za Obsługę). Zamawiający, w odpowiedzi na wniosek wykonawcy (odpowieź na pytanie nr 551 z dnia 20 czerwca 2017 r., znak: DI/JRP2/MK/1750/2017) uchylił się od wskazania referencyjnej stawki podatku VAT jaka powinna zostać przyjęta dla obliczenia poszczególnych składników ceny oferty, wyjaśniając wyłącznie, że: „Zapisy SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, niezależnie od zgłaszanych w pytaniu wątpliwości, pozwolą na odpowiednie porównanie złożonych ofert, ponieważ zgodnie z opisem kryteriów oceny ofert, w formularzu ofertowym będą porównywane poszczególne składowe części oferty w ich wartościach netto.”.

2.31 Tym samym, to na wykonawcy spoczywało ryzyko wskazania prawidłowej stawki podatku VAT dla poszczególnych składników ceny ofertowej, a Zamawiający poprzez zaniechanie wskazania stawki referencyjnej, zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie KIO poglądem, winien odrzucić ofertę zawierającą błędną stawkę podatku VAT, bez możliwości jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, co mogłoby mieć miejsce w przypadku wyraźnego wskazania referencyjnej stawki podatku VAT.

2.32 Prawidłowość powyższego podejścia potwierdzają liczne orzeczenia KIO oraz sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. III CZP 52/11; wyrok KIO z 18.01.2017 r., sygn. KIO 2483/16; wyrok KIO z 24.03.2016 r., sygn. KIO 349/16; czy też wyrok KIO z 01.02.2016 r., sygn. KIO 80/16.

### 3. Zarzuty naruszenia:

3.1. art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy ITPOK, mimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,

3.2. art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy ITPOK, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

3.3. art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez niedokonanie odrzucenia oferty ITPOK, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a zatem jego ofertę należy uznać za odrzuconą.

### **1) Nieuznanie oferty za odrzuconą, jako skutku złożenia oferty przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu. Warunki i kryteria selekcji wykonawców**

3.1 Kwalifikacja wykonawców do drugiego etapu Postępowania nastąpiła w uznaniu spełnienia przez wykonawców warunków i kryteriów kwalifikacji postawionych przez Zamawiającego w Ogłoszeniu. Istotą stawianych warunków jest zminimalizowanie ryzyka związanego z powierzeniem zamówienia niedoświadczonemu wykonawcy, który, mimo że

złoży teoretycznie najkorzystniejszą ofertę, nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia.

3.2 Ogłoszenie zawierało wymóg odnoszący się do zaprojektowania i wykonania robót budowlanych polegających na budowie spalarni oraz następujący wymóg: „2) W okresie nie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przez okres co najmniej 12 miesięcy należycie wykonali lub wykonują zamówienie na co najmniej jedną usługę obejmująca zarządzanie spalarnią odpadów wykonana w technologii rusztowej, o mocy przerobowej nie mniejszej niż 80 000 Ma odpadów rocznie, przekształcająca odpady komunalne lub frakcję energetyczna z odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej spełniająca wymagania Dyrektywy 2000/76/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 grudnia 2000 r. w sprawie spalania odpadów w zakresie dopuszczalnych emisji spalin ze spalania odpadów”.

3.3 Jak wynika z powyższego wykonawca w celu spełnienia minimalnych warunków udziału winien wykazać spełnienie dwojakiego rodzaju warunków dotyczących doświadczenia, pierwsza grupa dotyczyła zaprojektowania i wykonania robót budowlanych spalarni, druga zaś usługi zarządzania spalarnią odpadów o zidentyfikowanych parametrach.

3.4 Dopiero po spełnieniu tych granicznych warunków wykonawca mógł dalej uczestniczyć w fazie prekwalfikacji, to jest w procesie oceny punktowej złożonego wniosku pod kątem posiadanego doświadczenia premiowanego dodatkowymi punktami. W zakresie tego procesu Zamawiający w treści wskazanego ogłoszenia o zamówieniu określił zasady przyznawania dodatkowych punktów w kryteriach selekcji bazujące na ocenie doświadczenia wykonawcy w odniesieniu do obu warunków dotyczących doświadczenia.

3.5 W trakcie trwającej procedury I etapu dialogu Zamawiający zastosował w praktyce wskazany w ogłoszeniu system punktacji, zgodnie z którym między innymi ilość wykonanych usług zarządzania spalarniami o wskazanych parametrach stanowiła źródło dodatkowych punktów, co przekładało się na zwiększenie szans na zaproszenie do składania ofert w drugim etapie.

3.6 Wykonawca ITPOK złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jako spółka utworzona na potrzeby przedmiotowego postępowania, co wynika wprost z oświadczenia złożonego we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (str. 2 i str. 50 Wniosku) i jako taka nie posiada żadnego doświadczenia własnego w realizacji podobnych przedsięwzięć. Dla udokumentowania wymaganego doświadczenia spółka wylegitymowała się wyłącznie doświadczeniem podmiotów trzecich.

3.7 Odwołujący, inaczej niż ITPOK złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu jako konsorcjum wykonawców złożonych z doświadczonych firm ASTALDI S.p.A, TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia oraz TIRU 5.A i na etapie składania ofert nie dokonywał żadnych zmian w składzie konsorcjum, ani nie składał żadnych sprzecznych ze

złożonym wnioskiem oświadczeń.

### **Doświadczenie wykonawcy ITPOK**

3.8 Spółka ITPOK powstała w celu uczestnictwa w przedmiotowym Postępowaniu. Stąd, jak wcześniej wskazano, samodzielnie nie posiada ona, ani nie posiadała na etapie składania wniosków, żadnego doświadczenia, które pozwoliłoby spełnić warunki graniczne, czy to w zakresie wykonawstwa robót, czy w zakresie zarządzania spalarniami. Nie posiadała w konsekwencji również żadnego doświadczenia dla uzyskania dodatkowych punktów w kryteriach selekcji ustalonych przez Zamawiającego. Wykonawca ten składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu **powoływał się wyłącznie na potencjał podmiotów trzecich.**

3.9 W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca ITPOK przedłożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazy wykonanych (lub nadal wykonywanych) usług (Załącznik nr 4 do wniosku ITPOK) oraz robót budowlanych (Załącznik nr 5 do wniosku ITPOK).

3.10 W wykazie usług zawarto **18 projektów polegających na zarządzaniu spalarnia odpadów.**

natomiast w wykazie robót budowlanych zawarto 10 projektów polegających na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych w zakresie budowy/przebudowy spalarni odpadów.

3.11 Żaden z projektów umieszczonych w wykazach nie został zrealizowany przez składającego wniosek. Każda z wykazanych robót budowlanych i usług została wykonana przez spółki zagraniczne grupy EEW prowadzących działalność na terenie Niemiec oraz Luksemburga.

3.12 Wnioskodawca powoływał się zatem na doświadczenie grupy EEW deklarując na przyszłość udział wyłącznie doświadczonych spółek z grupy w realizacji zamówienia. Składane w ten

sposób zapewnienie o zasobach podmiotów trzecich było przedmiotem zarówno odwołań, jak i orzeczenia sądu.

3.13 Powyższą deklarację uznano w postępowaniu za bezskuteczną z uwagi na fakt złożenia przez wykonawcę oświadczenia o udostępnieniu zasobu doświadczenia nie przez spółki wykazane w wykazie robót i usług, lecz przez spółkę EEW Energy from Waste Polska sp. z o.o. (EEW Polska).

3.14 W tej sytuacji Wykonawca został wezwany do złożenia stosownego uzupełnienia i wyjaśnień, w wyniku których sam zrezygnował z pośrednictwa spółki EEW Polska jako potencjalnego podmiotu trzeciego udostępniającego doświadczenia. Takie stanowisko jest logiczną konsekwencją faktu, że polska spółka EEW Polska w zakresie zarządzania spalarniami nie posiadała wymaganego doświadczenia. Dla udokumentowania wymaganego

doświadczenia wykonawca zobowiązał się zatem do uzyskania potencjału od innych niż polska spółek EEW posiadających żądane doświadczenie. Wykonawca zadeklarował udostępnienie doświadczenia bezpośrednio od EEW Energy from Waste GmbH Niemcy, (nazywane przez Zamawiającego EEW).

3.15 Podsumowując, w złożonym przez siebie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca ITPOK deklarował pierwotnie uzyskanie doświadczenia za pośrednictwem polskiej spółki EEW Polska, która to spółka samodzielnie doświadczenia takiego nie posiadała, z czego wycofał się w złożonych uzupełnieniach Wniosku. Tak ukształtowana ostatecznie treść Wniosku była przedmiotem oceny przez Zamawiającego pod kątem zarówno postawionych warunków dotyczących doświadczenia, jak i kryteriów selekcji. Za wykazane doświadczenie wykonawca uzyskał w sumie 100 pkt plasując się na trzeciej pozycji w rankingu wykonawców.

### **Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia**

3.16 Zamawiający w treści SIWZ sformułował wymagania odnoszące się do obowiązku identyfikacji zakresu rzeczowego podwykonawców, którzy mają brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 36 ust. 1 Pzp wykonawca mógł powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

3.17 Zamawiający w postępowaniu nie skorzystał z możliwości, o której mowa w ustępie drugim wskazanego przepisu, to jest możliwości zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na przedmiotowe roboty budowlane, co jest logiczną konsekwencją wcześniej postawionych warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji, gdzie Zamawiający przedmiotowego ograniczenia nie zastosował.

3.18 Postawione przez Zamawiającego warunki i kryteria selekcji, po ich spełnieniu przez wykonawców, miały za zadanie zminimalizować ryzyko powierzenia tak skomplikowanego przedsięwzięcia podmiotowi nie dysponującemu odpowiednim doświadczeniem. Szczególnie istotne jest w przedmiotowym Przedsięwzięciu zarządzanie wybudowaną spalarnią w wymaganym przez Zamawiającego kilkudziesięcioletnim okresie. Usługa taka, jak wskazał Zamawiający w ogłoszeniu musi być realizowana przez podmiot posiadający realne doświadczenie w tym zakresie. Istotą bowiem projektu jest prawidłowa eksploatacja instalacji, bowiem tylko taka zapewnia osiągnięcie nałożonego celu projektu.

3.19 Zgodnie z art. 36 ust. 1 Pzp Zamawiający mógł w SIWZ żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza on powierzyć podwykonawcom, z której to możliwości Zamawiający skorzystał zobowiązując wykonawców do wskazania w ofercie rzeczowego zakresu podwykonawstwa. Powyższe żądanie Zamawiający wyraził w Rozdz. VIII SIWZ zatytułowanym Opis sposobu przygotowania ofert. Wymóg powyższy został powtórzony przez Zamawiającego w rozdziale XVI pkt 10 SIWZ.

3.20 Jak wynika z powyższego Zamawiający w sposób niebudzący żadnych wątpliwości nałożył na wykonawców obowiązek zidentyfikowania przewidywanego zakresu rzeczowego podwykonawstwa. Powyższe wymagania znalazły swoje źródło, poza uprawnieniem ustawowym, także w specyfice przebiegu postępowania dwuetapowego jakim jest dialog konkurencyjny.

### **Oferta ITPOK**

3.21 W przedmiotowym postępowaniu na zaproszenie Zamawiającego do złożenia oferty wykonawca ITPOK złożył w ofercie wypełniony formularz oświadczenia dotyczący podwykonawstwa.

3.22 Na str. 31 oraz 32 oferty wykonawca złożył oświadczenie stanowiące treść oferty, podając zakres prac, które partner prywatny powierzy podwykonawcom oraz wskazując podwykonawców.

3.23 Jak wynika z treści oświadczenia ITPOK zamierza powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia:

1) **w Okresie Projektowania (w rozumieniu Umowy), Okresie Projektowania i Budowy (w rozumieniu Umowy o PPP) oraz Okresie Rozruchu (w rozumieniu Umowy) - EEW Energy from Waste GmbH z siedziba w Helmstedt.**

2) **w Okresie Obsługi (w rozumieniu Umowy) - EEW Energy from Waste Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.**

3.24 Treść oświadczenia precyzuje jednocześnie zakres odpowiedzialności poszczególnych podwykonawców wskazując: „*Przyjęty przez Oferenta model współpracy z podwykonawcami zakłada całościowe przekazanie im zadań, które w każdej z faz Okresu Kontraktu (w rozumieniu Umowy o PPP) Oferent będzie zobowiązany wykonywać zgodnie z postanowieniami Umowy o PPP. Oferent powierzy podwykonawcom części zamówienia na podstawie zawartych z nimi umów o podwykonawstwo w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Tym samym, przewidziane przez Umowę o PPP i załączniki do niej:*

1) *prace, roboty, dostawy i inne świadczenia związane z kompleksowym inżyniersko-technicznym zaprojektowaniem, budową, pozyskaniem niezbędnych pozwoleń i rozruchem instalacji do termicznego przetwarzania odpadów ("ZTPO") zostaną powierzone na podstawie umowy o roboty budowlane EEW Energy from Waste GmbH, a*

2) *prace i usługi związane z odbiorem odpadów, prowadzeniem ich termicznego przekształcania w ZTPO, produkcją ciepła oraz energii elektrycznej, utrzymaniem i konserwacją ZTPO oraz wykonywaniem innych obowiązków wykonawcy przewidzianych w Umowie o PPP zostaną powierzone na podstawie umowy operatorskiej EEW Energy from Waste Polska sp. z o.o.*”. Jednocześnie końcowa treść oświadczenia wskazuje że: „*EEW Energy from Waste GmbH oraz EEW Energy from Waste Polska sp. z o.o. należą do grupy*

kapitałowej EEW, która posiada bogate, wieloletnie doświadczenie w zakresie projektowania, budowy i eksploatacji instalacji termicznego przekształcania odpadów funkcjonujących w różnych krajach europejskich.”

3.25 Akurat w przypadku EEW Energy from Waste Polska sp. z o.o. można powiedzieć jedynie, że doświadczenie miałyby wynikać z samej formalnej przynależności do grupy kapitałowej, podczas gdy uwzględniając charakter świadczeń planowanych do powierzenia temu właśnie podwykonawcy, to jest cały proces odbioru, spalanie, w tym produkcję energii, utrzymanie i konserwację, stwierdzić należy, że zadanie to powierzone zostanie podmiotowi, który nie posiada wymaganego doświadczenia i na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu został celowo usunięty jako podmiot pośredniczący w udostępnieniu tego potencjału na rzecz wykonawcy, który sam takiego doświadczenia nie posiada.

3.26 Nie ulega wątpliwości, że niedopuszczalna jest sytuacja, w której spełnianie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji dokonane na etapie składania wniosków jest następnie całkowicie pominięte na etapie składanej oferty, w której wykonawca zmienia pierwotne oświadczenie dotyczące pozyskania doświadczenia kluczowego dla realizacji zarządzania spalarnią. Powyższą praktykę należałoby ocenić jako klasyczne nadużycie prawa, a przy okazji przykład zjawiska nazywanego handlem referencjami wyłącznie w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, aby na etapie realizacji przedmiotu zamówienia powierzyć jego wykonanie podmiotowi niespełniającemu warunków udziału w postępowaniu.

3.27 W ocenie Odwołującego powyższe oświadczenie, którego przedmiotem jest identyfikacja zakresu rzeczowego podwykonawstwa, jak również wskazanie podmiotu, który takie czynności będzie realizował stanowi jeden z kluczowych elementów treści oferty. Szczególne znaczenie nabiera taka identyfikacja podwykonawstwa w aspekcie trybu w jakim było prowadzone postępowanie - to jest dialogu konkurencyjnego, gdzie na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca wykazywał ten potencjał za pomocą zasobów innych podmiotów. W przedmiotowej sprawie warunki udziału w postępowaniu spełniał podwykonawca EEW Energy from Waste GmbH. Tymczasem podmiot ten będzie podwykonawcą, jednak jego zakres rzeczowy będzie odnosił się wyłącznie do etapu realizacji robót budowlanych. Pzp nie przewidywała możliwości dokonywania zmian w zakresie podwykonawstwa w innych przypadkach.

3.28 Dodatkowo zwrócić należy uwagę, że złożenie przez wykonawcę ITPOK oświadczenia, że powierzy spółce polskiej EEW Polska zarządzanie spalarnią i przyjęcie tak złożonej oferty stawia Zamawiającego w sytuacji braku możliwości wyegzekwowania od składającego ofertę realizacji zamówienia w tej części od kogokolwiek innego niż wskazany podwykonawca. To z kolei umożliwia wykonawcy ITPOK, albo samodzielne wykonywanie czynności zarządzania spalarnią, których nigdy wcześniej sam nie wykonywał, albo

powierzenie tej czynności podmiotowi bez jakiegokolwiek doświadczenia w tej materii. Złożone w ofercie oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej jest bez jakiegokolwiek znaczenia prawnego. Podmioty nie posiadające żadnego doświadczenia w wykonywaniu skomplikowanych czynności składających się na zarządzanie spalarnią nie będą miały nawet świadomości na temat zakresu wiedzy i narzędzi potrzebnych do zarządzania. Gdyby dopuścić do takiej sytuacji to całe postępowanie prekwalfikacyjne nie miaoby żadnego sensu, bowiem każdy wykonawca mógłby powiedzieć, że w razie przyznania mu zamówienia „zatrudni” sobie do jego realizacji wykwalifikowany podmiot. Natomiast w omawianej sytuacji nawet takie oświadczenie nie zostało złożone. Zamawiający nie ma zatem żadnego narzędzia do egzekwowania wykonania umowy w sposób należyty.

### **Brak solidarnej odpowiedzialności podmiotów udostępniających zasoby**

3.29 W przedmiotowej sprawie należy wskazać na jeszcze jeden aspekt. Otóż w prowadzonym postępowaniu nie mają zastosowania przepisy dotyczące solidarnej odpowiedzialności wykonawcy składającego ofertę z podmiotami udostępniającymi swe zasoby. Zatem Zamawiający nie jest w stanie wyegzekwować wypełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów wynikającego z zawartych wcześniej tzw. „porozumień”. Złożenie przez wykonawcę oferty w kształcie omówionym wcześniej potęguje ryzyko braku możliwości wyegzekwowania od podmiotu trzeciego jego zobowiązań zawartych we wcześniej składanych oświadczeniach.

3.30 W dzisiejszym stanie prawnym takie zabezpieczenia istnieją, ale nie mają zastosowania do analizowanego postępowania,

### **Niedopuszczalna potencjalna zmiana oferty w zakresie deklarowanego podwykonawstwa**

3.31 Złożone w ofercie oświadczenie wykonawcy ITPOK jest, jak wcześniej wskazano i uargumentowano, istotnym jej elementem, który na obecnym etapie postępowania nie podlega żadnym wyjaśnieniom czy modyfikacjom.

3.32 Zagadnienie udostępniania zasobów przez podmioty trzecie, jak również możliwość powoływania się na zdobyte doświadczenie oraz kwestia dopuszczalności zmiany oświadczeń złożonych po upływie terminu przewidzianego na ich złożenie była przedmiotem wysoce rozbieżnego orzecznictwa, co można było zaobserwować również w trakcie niniejszego postępowania. Potwierdzają to również Informacje roczne o działalności Krajowej Izby Odwoławczej, w których powyższe zagadnienie wskazywano jako jedną z podstawowych rozbieżności orzeczniczych. W związku z powyższym jeden ze składów KIO zdecydował się na skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) szeregu pytań prejudycjalnych, które znalazły odpowiedź w wyroku TSUE z 04.05.2017 r.

3.33 Nadmienić, że ustalenie TSUE zapadło w stanie prawnym identycznym jak dla

prowadzonego postępowania. W przedmiotowym wyroku w sprawie C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. Trybunał sformułował zasadnicze odpowiedzi na pytania prejudycjalne zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą, a dotyczące przedmiotowego zagadnienia.

3.34 I tak w odniesieniu do modyfikacji oferty po jej złożeniu w wyroku czytamy: „36. *W związku z tym, z jednej strony zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Z drugiej strony obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo).*

*37. Zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą, a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C 324/14, EU:C:2016:214, pkt 62 i przytoczone tam orzecznictwo).*

*Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 63 i przytoczone tam orzecznictwo).*

3.35 W okolicznościach sprawy nie można stwierdzić, że zmiana oświadczenia w zakresie podwykonawstwa stanowić może „niewielkie wyjaśnienie”, a tym bardziej „sprostowanie oczywistej omyłki”, o czym w dalszej części uzasadnienia.

3.36 W kwestii przeprowadzenia dowodu spełnienia warunków udziału w postępowaniu Trybunał stwierdził: „45. Art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca

przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.

47. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 47 ust 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przyznają każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile instytucji zamawiającej zostanie wykazane, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia. (...)

49. Nie można wykluczyć, że szczególne prace wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może zatem w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jednego wykonawcę lub, stosownie do okoliczności, przez skorzystanie z usług ograniczonej liczby wykonawców, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny. Nie jest dopuszczalne, by wykonawca polegał na zdolnościach Innego podmiotu poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia (...):

60. W myśl orzecznictwa art. 48 ust. 3 dyrektywy przyznaje wykonawcom prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innego podmiotu, takiego jak grupa wykonawców, której był on członkiem, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że wykonawca ten będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tego podmiotu, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia.

62. Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców."

3.37 Jak wynika z przytoczonych obszernych fragmentów wyroku, Trybunał przesądził o konieczności realnego zaangażowania podmiotu posiadającego wymagane przez Zamawiającego doświadczenie i jednoczesnego wykazania rzeczywistego dysponowania potencjałem tych podmiotów. W omawianym stanie faktycznym wykonawca powinien był

w ofercie wskazać na realne - a zatem konkretne zasoby w postaci kierowanego do wykonania umowy potencjału kadrowego, procedur technologicznych i zarządczych, znajomości konkretnej oferowanej technologii, obsługi, konserwacji i napraw itp. Zamiast tego wykonawca żąda przyjęcia oferty, w której zsumowane doświadczenie ITPOK i EEW Polska równe jest zeru. O ile na etapie prekwalfikacji możliwe było przyjęcie deklaracji współpracy z ITPOK Gdańsk sp. z o.o. sp. k. od spółek EEW dołączone w postaci tzw. „porozumień”, o tyle na etapie składania oferty konieczne było skonkretyzowanie deklarowanej wcześniej współpracy, tak aby można było mówić o realności zasobów. W miejsce doświadczonych spółek EEW będących stroną porozumień wykonawca wskazał, że powierzy całość zarządzania spółce polskiej EEW Polska.

3.38 Co do zarzutu dotyczącego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, to obecne zachowanie składającego ofertę wypełnia znamiona tego czynu, bowiem ITPOK w swojej ofercie zawarł oświadczenie o posiadaniu przez grupę EEW bogatego doświadczenia w zakresie budowy i eksploatacji spalarni chcąc wywrzeć wrażenie, czy sugerując, że Zamawiający będzie miał w istocie do czynienia z doświadczonym partnerem, a tym samym, że wykonawca spełnia wymagane warunki i kryteria kwalifikacji, podczas gdy w istocie ich nie spełnia.

3.39 Na temat wprowadzenia w błąd Zamawiającego Trybunał w omawianym wyroku stwierdził również, że; „71. Aby uznać, że oferent „jest winny poważnego [wprowadzenia w błąd]”, w rozumieniu tego przepisu, i wykluczyć go tym samym z zamówienia publicznego, wystarczy, **by dopuścił się on pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego (...)**”

3.40 Przywołał wyrok o sygn.. akt: KIO 290/17 z 22.02.2017 r.

3.41 Podsumowując fakt złożenia w ofercie przez wykonawcę ITPOK oświadczenia o powierzeniu realizacji kluczowej części zamówienia, jaką jest zarządzanie spalarnią podmiotowi, który nie posiada w tym zakresie żadnego, a tym bardziej wymaganego przez Zamawiającego, doświadczenia jest dowodem na dokonanie niedopuszczalnej zmiany złożonego na wcześniejszym etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, powodującej że Wykonawca nie spełnia postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, a tym samym powinien być wykluczony z prowadzonego postępowania.

3.42 Jest również dowodem na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do istotnych elementów złożonej oferty. Nawet gdyby potraktować złożone przez wykonawcę oświadczenie jako błędne, to nie ma na obecnym etapie możliwości jego skorygowania, co powoduje konieczność uznania oferty za odrzuconą ze względu na ziszczenie się przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

### **Treść oferty w zakresie podwykonawstwa**

3.43 Uwzględniając charakter oświadczenia woli wykonawcy w zakresie powierzenia wykonania części zamówienia oznaczonemu podwykonawcy i w określonym zakresie rzeczowym uznać należy takie oświadczenie za stanowiące treść oferty, ta zaś nie może być modyfikowana w trybie artykułu 26 ustęp 3 PZP, który jako wyjątek od ustawowej zasady dotyczy wyłącznie dokumentów oświadczenie pełnomocnictwa enumeratywnie w nim wymienionych. Analogicznie brak jest możliwości zastosowania wobec powyższego oświadczenia procedury, o której mowa w artykule 87 ustęp 1 PZP to jest wyjaśnienia treści oferty albowiem zgodnie ze wskazanym przepisem wyjaśnienia takie nie mogą prowadzić do zmiany treści takiej oferty.

3.44 Powyższe potwierdza jednolita linia orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej właściwego dla stanu prawnego prowadzonego postępowania (wyrok KIO sygn. akt: KIO 1388/14; KIO 1397/14; KIO 1398/14; KIO 1403/14 z 28.07.2014; wyrok KIO sygn. akt: KIO 487/13 z 14.03.2013 r., wyrok KIO sygn. akt: KIO 1453/16 z 22.08.2016 r., wyrok KIO sygn. akt: KIO 2104/11 z 14.10.2011 r. oraz wyrok KIO sygn. akt: KIO 510/11 z 25.03.2011 r., czy też wyrok KIO sygn. akt: KIO 96/14 z 06.02.2014 r.).

3.45 Przytoczone wyżej wyroki jednoznacznie potwierdzają, że złożone przez wykonawcę w zakresie podwykonawstwa oświadczenie stanowi istotną treść oferty i jako taka nie podlega zmianie po jego złożeniu.

### **4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - niezgodność oferty ITPOK z SIWZ polegająca na prowadzenie procesu termicznego przekształcania odpadów, w celu odzysku energii w sposób zapewniający uznanie procesu za proces odzysku R1 w rozumieniu ustawy o odpadach**

4.1 Zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego sformułowanymi jednoznacznie w SIWZ, termiczne przekształcanie Odpadów Umownych w instalacji musi przebiegać w taki sposób, aby osiągnięty przez Instalację poziom efektywności energetycznej pozwalał na zakwalifikowanie procesu termicznego przekształcania jako proces odzysku R 1 w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach („Ustawa o Odpadach”). Zostało to kilkakrotnie wyrażone w dokumentacji kontraktowej przygotowanej przez Zamawiającego, w sposób wyraźny i niebudzący wątpliwości, w tym m.in.:

1) Pkt 1.6 Załącznika nr 7 do Wymagań Zamawiającego - „Standardy Świadczenia Usług” wskazuje: „ Wykonawca zagwarantuje i przyjmie na swoje ryzyko wymóg prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów, w celu odzysku energii w sposób zapewniający uznanie procesu za proces odzysku R 1 w rozumieniu Ustawy o Odpadach.”;

2) Pkt 5.6.1 Wymagań Zamawiającego: „Wykonawca jest zobowiązany odzyskiwać energię z procesu termicznego przekształcania proporcjonalnie do ilości i jakości dostarczonych Odpadów Umownych. Wykonawca będzie prowadził Obsługę tak, aby odzysk energii

przebiegał w taki sposób, aby efektywność energetyczna Instalacji osiągnęła wymagane postanowieniami Ustawy o Odpadach kryterium kwalifikujące termiczne przetwarzanie odpadów komunalnych w Instalacji jako proces odzysku R 1.";

3) Pkt 10.9.1 Warunków Umownych: „Wykonawca jest zobowiązany odzyskiwać energię z procesu termicznego przekształcania tak, aby efektywność energetyczna Instalacji osiągnęła wymagane Ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2013 poz. 21 z późn. zmianami) kryterium kwalifikujące termiczne przetwarzanie odpadów komunalnych w Instalacji jako procesu odzysku R 1.".

4.2 Co ważne, tak jak zostało wskazane w powyższych postanowieniach dokumentacji kontraktowej, dla zakwalifikowania procesu termicznego przekształcania stałych odpadów komunalnych w Instalacji jako procesu odzysku R 1, przepisy Ustawa o Odpadach wymagają osiągnięcia przez Instalację efektywności energetycznej, obliczonej zgodnie z Załącznikiem nr 1 „Niewyczerpujący wykaz procesów odzysków” do Ustawy o Odpadach.

4.3 W Załączniku nr 1 wskazano, iż proces odzysku będzie mógł zostać zakwalifikowany jako „proces odzysku R 1” w obiektach przekształcania termicznego, przeznaczonych wyłącznie do przetwarzania komunalnych odpadów stałych, pod warunkiem że ich efektywność energetyczna jest równa lub większa niż:

- 0,60 dla działających instalacji, które otrzymały zezwolenie zgodnie ze stosownymi przepisami wspólnotowymi obowiązującymi przed dniem 1 stycznia 2009 r.,
- 0,65 dla instalacji, które otrzymały zezwolenie po dniu 31 grudnia 2008 r., przy zastosowaniu następującego wzoru:
- Efektywność energetyczna =  $(E_p - (E_f + E_i)) / (0,97 \times (E_w + E_f))$ , gdzie:
- $E_p$  - oznacza ilość energii produkowanej rocznie jako energia cieplna lub elektryczna. Oblicza się ją przez pomnożenie ilości energii elektrycznej przez 2,6, a energii cieplnej wyprodukowanej w celach komercyjnych przez 1,1 (GJ/rok),
- $E_f$  - oznacza ilość energii wprowadzanej rocznie do systemu, pochodzącej ze spalania paliw biorących udział w wytwarzaniu pary (GJ/rok),
- $E_w$  - oznacza roczną ilość energii zawartej w przetwarzanych odpadach, obliczanej przy zastosowaniu dolnej wartości opałowej odpadów (GJ/rok),
- $E_i$  - oznacza roczną ilość energii wprowadzanej z zewnątrz z wyłączeniem  $E_w$  i  $E_f$  (GJ/rok), 0,97 - jest współczynnikiem uwzględniającym straty energii przez popiół denny i promieniowanie. Wzór ten stosowany jest zgodnie z dokumentem referencyjnym dotyczącym najlepszych dostępnych technik dla termicznego przekształcania odpadów.

4.4 Definicja (sposób obliczenia) użyta w Ustawie o Odpadach jest powtórzeniem definicji procesu odzysku FU znajdującej się w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy, w Załączniku nr 2.

4.5 Także sam Zamawiający, w pkt. 1.4 Załącznika nr 3 do Wymagań Zamawiającego - „Program Funkcjonalno-Użytkowy” wskazał wartość efektywności energetycznej jakiej musi dochować Wykonawca: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zagwarantował, iż przy 100 % obciążeniu cieplnym kotła osiągnie on parametry eksploatacyjne określone w załączniku nr 07 do Wymagań Zamawiającego w sprawie Projektowania, Budowy i Obsługi ZTPO w Gdańsku ~ Standardy Świadczenia Usług oraz, że efektywność energetyczna instalacji wyliczona zgodnie z dokumentem referencyjnym dotyczącym najlepszych dostępnych technik dla termicznego przekształcania odpadów > 65 %.”.*

4.6 Biorąc powyższe pod uwagę, **nie ulega wątpliwości, że obiekt planowany do realizacji w ramach niniejszego projektu, zgodnie z prawem oraz dokumentacją kontraktową, powinien osiągać efektywność energetyczną na poziomie co najmniej 0,65, a zatem zapewnić proces odzysku R 1, w każdym scenariuszu pracy instalacji.**

4.7 Co także niezwykle ważne, zgodnie z art. 158 ust. 2 Ustawy o Odpadach, aby termiczne przetwarzanie mogło zostać zakwalifikowane jako odzysk energii, takie przetwarzanie musi stanowić proces odzysku R 1. **W przeciwnym razie, termiczne przetwarzanie nie będzie mogło zostać zakwalifikowane jako odzysk, a co za tym idzie instalacja planowana w niniejszym postępowaniu, nie będzie instalacją do odzysku odpadów, a instalacją do ich unieszkodliwiania, a więc niespełniającą wymogów sformułowanych wyraźnie w dokumentacji postępowania, a także niezgodny z prawem miejscowym obowiązującym Zamawiającego przy realizacji tego przedsięwzięcia (tu: wymogami WPGO).**

4.8 Tymczasem, przedmiotem postępowania jest budowa i utrzymanie Instalacji do termicznego przetwarzania odpadów, której celem jest odzysk energii. Taki wymóg wpisuje się w wymogi uchwały Nr 321/XXX/16 Sejmiku Województwa Pomorskiego z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie przyjęcia Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Pomorskiego 2022 („WPGO”). Zgodnie z Ustawą o Odpadach, WPGO jest dokumentem opracowanym dla osiągnięcia **celów założonych w polityce ochrony środowiska**, wdrażania hierarchii sposobów postępowania, a także utworzenia i utrzymania w kraju zintegrowanej i wystarczającej sieci instalacji gospodarowania odpadami.

4.9 Stosownie do WPGO, w gospodarce odpadami komunalnymi na terenie województwa pomorskiego jako jeden z celów określono „termiczne przekształcanie odpadów **z odzyskiem energii** w instalacjach do termicznego przekształcania wysokoenergetycznej frakcji odpadów na poziomie zapewniającym osiągnięcie określonych celów w zakresie recyklingu i ponownego użycia odpadów komunalnych” (s. 61). Ponadto, w ramach kierunków działań w zakresie **kształtowania systemu gospodarki odpadami** (s. 118-119) wskazano na konieczność: budowy instalacji termicznego przetwarzania odpadów **z odzyskiem energii, zwiększenia poziomu odzysku energii z odpadów** poprzez

zastosowanie termicznych metod ich przekształcania, a także dążenia do wykorzystania potencjału wysokoenergetycznej frakcji odpadów.

4.10 Powyższe ma istotne znaczenie z punktu widzenia procedury uzyskania pozwolenia zintegrowanego przez obiekt planowany do realizacji w ramach niniejszego projektu. Zgodnie z art. 186 pkt 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, organ właściwy do wydania pozwolenia odmówi jego wydania, jeżeli zamierzony sposób gospodarowania odpadami jest niezgodny z planami gospodarki odpadami. Co za tym idzie, **realizacja Instalacji, w której nie będzie zagwarantowane stosowanie termicznego przekształcania odpadów z odzyskiem energii (procesu odzysku R 1) stanowiłaby przeszkodę w uzyskaniu pozwolenia zintegrowanego umożliwiającego jej użytkowanie.** W świetle powyższego, Instalacja powinna stosować procesy przetwarzania kwalifikowane w proces odzysku R 1 nie tylko z uwagi na wymogi kontraktowe (zawarte w Wymaganiach Zamawiającego, Programie Funkcjonalno-Użytkowym i Warunkach Umownych) oraz wymogi prawne (przewidziane w Ustawie o Odpadach i Dyrektywie 2008/98/WE oraz w prawie miejscowym - tu w WPGO), lecz **również ze względu na ukształtowanie prawnych możliwości uzyskania pozwolenia zintegrowanego na jej prowadzenie.**

4.11 Wymóg prowadzenia termicznego przetwarzania odpadów w celu odzysku energii wynika także bezpośrednio z warunków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, w ramach którego Zamawiający ubiega się o otrzymanie dofinansowania na realizację projektu. Jak wskazano w Szczegółowym Opisie Osi Priorytetowych rzeczonoego Programu, opublikowanym przez Ministerstwo Rozwoju w dniu 23 września 2016 r. (priorytet inwestycyjny 6.1: Inwestowanie w sektor gospodarki odpadami celem wypełnienia zobowiązań określonych w dorobku prawnym Unii w zakresie środowiska oraz zaspokojenia wykraczających poza te zobowiązania potrzeb inwestycyjnych określonych przez państwa członkowskie), wsparcie środków unijnych mogą uzyskać instalacje do termicznego przekształcania zmieszanych odpadów komunalnych oraz frakcji palnej wydzielonej z odpadów komunalnych z odzyskiem energii. **Oznacza to, iż instalacja prowadząca jedynie unieszkodliwianie odpadów, bez odzysku energii, może nie uzyskać dotacji unijnej.**

4.12 Należy również zauważyć, że zgodnie z definicją procesu odzysku R1, wartość 0,65 powinna być osiągnięta **jako średnia w ciągu roku.** Powinno to mieć miejsce niezależnie od innych czynników, takich jak warunki pogodowe, które mogą mieć wpływ na sprzedaż ciepła. Oznacza to, że instalacja powinna być efektywna energetycznie w każdych warunkach środowiskowych przewidzianych przez Zamawiającego. Ponadto, **Instalacja powinna osiągać efektywność energetyczną na poziomie 0,65 w każdym trybie pracy i w każdym czasie, tj. przy pełnej kondensacji (sytuacji, w której produkowana jest**

**w Instalacji jedynie energia elektryczna) oraz przy pełnej kogeneracji (produkcja w pełnym wymiarze energii cieplnej oraz elektrycznej).**

4.13 Wskazał na to zresztą wyraźnie sam Zamawiający. Zgodnie z pkt. 2.3.1.4 ppkt 8. Załącznika nr 3 do Wymagań Zamawiającego - „Program Funkcjonalno-Użytkowy”: *„Instalacja powinna mieć możliwość pracy zarówno w trybie maksymalnej produkcji ciepła, **bez tej produkcji** oraz we wszystkich stanach pośrednich od mocy cieplnej minimalnej do maksymalnej”*. Zamawiający w żadnym punkcie dokumentacji kontraktowej nie przewidział jakichkolwiek przypadków, ani minimalnego okresu, w którym Instalacja nie musiałaby spełniać efektywności energetycznej 0,65. **Jest to zresztą zrozumiałe - podobnych wyjątków, ani wyłączeń nie przewidują przepisy prawa.** Co więcej, jak wskazano wyżej, zgodnie z Załącznikiem nr 7 do Wymagań Zamawiającego - „Standardy Świadczenia Usług” Wykonawca **przyjmie na swoje ryzyko (gwarantuje** spełnienie przez Instalację efektywności energetycznej zapewniającej proces odzysku R 1.

4.14 Niezależnie od faktu, iż Instalacja powinna spełniać wymogi efektywności energetycznej w każdych warunkach oraz każdym wariantcie produkcji energii (samo ciepło, ciepło i energia elektryczna, sama energia elektryczna), **należy zauważyć, iż to Zamawiający przejął na siebie ryzyko sprzedaży ciepła.** Tymczasem, Zamawiający na obecnym etapie nie posiada zawartej umowy na przyłączenie do sieci ciepłowniczej oraz na sprzedaż ciepła. Oznacza to, że istnieje ryzyko, w którym podczas pierwszego okresu eksploatacji nie będzie prowadzona sprzedaż ciepła do sieci ciepłowniczej. W takiej sytuacji odpowiedzialność Wykonawcy za dotrzymanie wymaganego poziomu efektywności energetycznej 0,65 nadal pozostaje w mocy (żaden z dokumentów przetargowych takiego zobowiązania z Wykonawcy nie zdejmuje, a określone przez Zamawiającego w dokumentach przetargowych referencyjne profile zapotrzebowania na ciepło służą jedynie dla celów oceny ofert i nie oznaczają, iż odbiór energii w takich ilościach zapewni Zamawiający). Można więc wyobrazić sobie sytuację, w której w pewnym okresie nie będzie prowadzona sprzedaż ciepła, a cała odzyskiwana z odpadów energia będzie zamieniana na energię elektryczną.

4.15 Zamawiający przewidział także możliwość braku produkcji ciepła w pkt. 2.3 Załącznika nr 7 do Wymagań Zamawiającego - „Standardy Świadczenia Usług”: *„Warunki pracy w zakresie nominalnej produkcji mocy elektrycznej (brutto) i ciepła wynikają z Oferty i są przedstawione w 4 wariantach obciążenia nominalnego kotła (przedstawionych poniżej) dla temperatury otoczenia 15 °C i wilgotności powietrza 60%; gdzie moc elektryczna (brutto) jest deklarowana, w zależności od mocy odbioru ciepła przez sieć dystrybucyjną **(w przedziale od 100% wytworzonego ciepła do 0 tj. od pełnej kondensacji do pełnej kogeneracji)** z postępem co 1 MW”*.

4.16 Zamawiający ustanawiając kryteria oceny ofert przyjął cztery warianty obciążenia

instalacji: 100%, (160 000 ton odpadów rocznie), 87,5% (140 000 ton odpadów rocznie), 75% (120 000 ton odpadów rocznie) oraz 62,5% (100 000 ton odpadów rocznie) mocy dostarczanej w odpadach komunalnych. Ponadto, Zamawiający ustalił różne warianty zapotrzebowania na ciepło dla każdego z powyższych wariantów obciążenia. Tabele te stanowią załącznik 3 do oferty i Wykonawca miał obowiązek wypełnić te tabele, podając gwarantowane moce elektryczne i cieplne dla poszczególnych punktów pracy. Na bazie tych danych Zamawiający przeliczył produktywność poszczególnych ofert i na tej podstawie dokonał oceny ofert w zakresie gwarantowanej produktywności.

4.17 Jednocześnie dane te stanowią podstawę dla oceny spełnienia parametrów gwarantowanych pracy, a Zamawiający wymaga, aby instalacja **w każdym punkcie swojej pracy** spełniała wymóg prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów w sposób zapewniający uznanie procesu za proces odzysku R 1. Tak jak opisano, **proces odzysku R 1 zostanie spełniony, jeżeli w każdym punkcie pracy Instalacji, zarówno przy pełnej kondensacji (produkcja jedynie energii elektrycznej), jak i przy pełnej kogeneracji (produkcja w pełnym wymiarze energii cieplnej oraz elektrycznej), efektywność energetyczna wyniesie co najmniej 0,65.**

4.18 Odwołujący dokonał obliczeń efektywności energetycznej instalacji dla wszystkich gwarantowanych punktów pracy które wykazały, iż **projektowana instalacja ITPOK w wielu punktach nie spełnia wyżej wymienionego wymogu co powoduje, że nie spełnia ona wymagań Zamawiającego oraz nie spełnia wymagań Ustawy o Odpadach niezbędnych do zakwalifikowania procesu odzysku energii z termicznego przekształcania odpadów w Instalacji jako procesu odzysku R 1 oraz nie spełnia wymogów przewidzianych w prawie miejscowym (WPGO) dla tego typu inwestycji.**

4.19 Poniżej Odwołujący przedstawia wyliczenia efektywności energetycznej projektowanej Instalacji ITPOK dla wymaganych przez Zamawiającego czterech wariantów. Na potrzeby tych wyliczeń pominięto zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne oraz zużycie oleju opałowego (parametry  $E_f$  oraz  $E_i$  we wzorze powyżej). Założenie to powoduje, że wyliczenia są korzystniejsze dla ITPOK (wartości  $E_f$  i  $E_i$  nie były prezentowane w ofertach oraz nie mogą być mniejsze od zera), wyliczenia więc pokazują wyższą efektywność energetyczną, niż będzie mogła być rzeczywiście uzyskana. Mimo to, instalacja ITPOK nie spełnia wymagań Zamawiającego.

#### **Kalkulacja na podstawie Załącznika 3 do oferty ITPOK (w aktach postępowania):**

Przedstawiono cztery scenariusze w formie tabelaryczne z wyliczeniem uzyskanej efektywności energetycznej R1.

1) Tabela z oferty - załącznik 3 do oferty; Wariant 1 - Przepustowość nominalna [Mg/rok]: 160 000 ton odpadów rocznie; (2 przypadki nie spełniania)

2) Tabela z oferty - załącznik 3 do oferty; Wariant 2 - Przepustowość nominalna [Mg/rok]:

140 000 ton odpadów rocznie; (2 przypadki nie spełniania)

3) Tabela z oferty - załącznik 3 do oferty; Wariant 3 - Przepustowość nominalna [Mg/rok]:  
120 000 ton odpadów rocznie; (3 przypadki nie spełniania)

4) Tabela z oferty - załącznik 3 do oferty; Wariant 4 - Przepustowość nominalna [Mg/rok]:  
100 000 ton odpadów rocznie; (2 przypadki nie spełniania).

4.20 Jak wynika z powyższych zestawień średnich rocznych wartości produkcji energii, dla czterech wariantów obciążenia Instalacji wskazanych przez Zamawiającego, proces odzysku RI nie zostanie spełniony w każdym punkcie pracy Instalacji i nie przy każdym wariantcie produkcji ciepła oraz energii elektrycznej, W związku z powyższym, przedmiotowa instalacja ITPOK nie spełnia wymagań Zamawiającego, wymagań przewidzianych w przepisach prawa; jak również stwarza realne ryzyko braku uzyskania pozwolenia zintegrowanego na jej prowadzenie. Tym samym ofertę ITOK należy uznać za niezgodną z przywołanymi powyżej wymaganiami SIWZ w zakresie konieczności prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów, w celu odzysku energii w sposób zapewniający uznanie procesu za proces odzysku R 1 w rozumieniu Ustawy o Odpadach.

5. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ z uwagi na nieuwzględnienie przez wykonawcę ITPOK w Oplacie Głównej (O<sub>r</sub>) (i) w ramach składnika OS<sub>1</sub> wszystkich kosztów stałych związanych z realizacją Przedsięwzięcia, co było wymagane przez Zamawiającego zgodnie pkt. 2.2 Załącznika 2 - Mechanizm Wynagrodzenia oraz (ii) niewycenienia (niewypełnienia) pozycji OP<sub>1</sub> oraz OT<sub>1</sub> w załączniku nr 2 do Formularza Oferty wykonawcy ITPOK)

### **1) Niezgodność oferty ITPOK z SIWZ w zakresie Opłaty Głównej**

5.1 Na wstępie należy wskazać, iż z uwagi na charakter przedsięwzięcia, które będzie realizowane w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP), Umowa została oparta na zasadzie podziału zadań i ryzyka pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą (Partnerem Prywatnym). **W przyjętym schemacie współpracy, odzwierciedlonym w SIWZ, w tym Umowie, Zamawiający przejął na siebie ryzyka w zakresie ilości i jakości Odpadów dostarczanych do Instalacji oraz ryzyko w zakresie produkcji i ciepła.** Zgodnie z pkt. 17.3 Umowy, ryzykami Zamawiającego w Okresie Obsługi jest m. in.: (i) ryzyko braku i/lub niedostatecznej ilości Frakcji oraz niezgodności Frakcji z Kontraktem (por. pkt. 17.3. (k) Umowy), (ii) ryzyko braku odbioru i wysokości cen zbycia ciepła lub energii elektrycznej z powodów, za które wykonawca nie odpowiada (por. pkt. 17.3. (l) umowy) oraz ryzyko braku i/lub niedostatecznej ilości Odpadów Umownych oraz niezgodności Odpadów Umownych z kontraktem (por. pkt. 17.3 (o) Umowy).

5.2 Mechanizm Wynagradzania, stanowiący Załącznika 2 do Warunków Umownych, ustanawiając mechanizm płatności w Okresie Obsługi, koresponduje z zasadami podziału

ryzyka przyjętymi w Umowie, wprowadził w pkt. 2.1 Opłatę Główną (Or,m), która stanowi **gwarancie finansowa pokrycia przez Zamawiającego wszelkich kosztów stałych, które wykonawca ponosi bez względu na ilość i jakość Odpadów zapewnionych do Instalacji przez Zamawiającego.** Zgodnie z pkt. 2.2 Mechanizmu Wynagrodzenia, parametr Orm obejmuje „**wszelkie koszty stałe** ponoszone przez Wykonawcę w Okresie Obsługi (niezależnie od masy odebranych od RIPOK i zagospodarowanych w Instalacji Odpadów Umownych(...))”.

5.3 Na opłatę Or,m składają się:

- 1) opłata roczna za koszty transportu odpadów umownych (OTi),
- 2) opłata roczna z tytułu zagospodarowania odpadów poprocesowych (OPi) oraz
- 3) opłata roczna za pozostałe koszty stałe ponoszone w okresie Obsługi {OS<sub>x</sub>}.

5.4 **Koszty stałe, oprócz kosztów wynagrodzeń pracowników, ubezpieczeń, obowiązkowych przeglądów i innych, podobnych kosztów które wykonawca ponosi niezależnie od produkcji, powinny zawierać także, co wynika z SIWZ, koszty bieżącej konserwacji, utrzymania oraz remontów (*light and heavy maintenance*) Instalacji.** Te wszelkie koszty powinny zostać uwzględnione przez ITPOK w parametrze OS<sub>1</sub>. Wniosek taki (o konieczności ujęcia takich kosztów w opłacie stałej) wypływa m.in. z systemu indeksacji przyjętej przez Zamawiającego dla tego składnika wynagrodzenia. Jak wynika z pkt. 2.2 Mechanizmu Wynagradzania, Opłata Stała (OS<sub>1</sub>) jako jedyny element wynagrodzenia podlega indeksacji wskaźnikiem IBM (wskaźnik indeksacji robót budowlano - montażowych dla roku r. (por. pkt. 2.2 Mechanizmu Wynagrodzenia).

5.5 Wszelkie pozostałe koszty zmienne działalności instalacji (a więc te koszty wykonawcy, które są zależne od ilości Odpadów), powinny zostać ujęte w opłacie zmiennej (zgodnie z pkt.2.3 Mechanizmu Wynagradzania).

5.6 Analizując ofertę ITPOK, należy wskazać że stałe koszty eksploatacji (OSi) w ofercie ITPOK stanowią jedynie 25% ogółu kosztów eksploatacji. Średnio koszty stałe eksploatacji Instalacji stanowią co najmniej 50% ogółu kosztów jej eksploatacji. W ocenie Odwołującego taki stosunek jest zaniżony w stosunku do instalacji zbliżonych do objętej zamówieniem funkcjonujących w państwach Unii Europejskiej.

5.7 Określona w ofercie ITPOK wysokość stałych kosztów eksploatacji w pierwszym roku tej eksploatacji (OS<sub>1</sub>) kwota **7.835.319 PLN** w sposób oczywisty nie obejmuje ogółu kosztów stałych, które zgodnie z wymogami SIWZ powinny zostać wskazane w tym elemencie cenowym. Wskazana kwota może obejmować koszty związane z zatrudnieniem personelu dla potrzeb eksploatacji, ubezpieczeniem, obowiązkowymi przeglądami i kontrolami, czyszczenia pomieszczeń oraz bieżącym zarządzaniem instalacją, **ale nie obejmuje kosztów bieżącej konserwacji, utrzymania i remontów (*light and heavy maintenance*).** Koszty te ponoszone są niezależnie od ilości przetwarzanych odpadów, a więc - co nie budzi

wątpliwości - powinny zostać ujęte w tym właśnie elemencie wynagrodzenia. Odwołujący zwraca uwagę, że jak wynika z międzynarodowych doświadczeń Odwołującego w zarządzaniu podobnymi instalacjami, wysokość kosztów konserwacji **wynosi zaś w praktyce od 2 do 2,5 % wartości instalacji** - tj. w realiach przedmiotowego postępowania przetargowego od ok. 5.000.000 PLN do ok. 6.500.000 PLN. W konsekwencji wysokość kosztów stałych eksploatacji (OSI), przy prawidłowym - i zgodnym z wymogami SIWZ uwzględnieniu wszelkich elementów kosztów stałych w tej opłacie, nie powinna być niższa niż około 13.000.000 PLN.

5.8 W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, ITPOK nie uwzględniając w wysokości opłaty OS<sub>1</sub> „wszelkich kosztów stałych” (zgodnie z wymogami SIWZ), które powinny zostać uwzględnione w tej pozycji oferty, Odwołujący wskazuje na konieczność odrzucenia oferty wykonawcy ITPOK sp. z o.o. S.k z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

## **2) Nieuwzględnienie w ofercie kosztów stałych transportu odpadów i kosztów zagospodarowania odpadów poprocesowych**

5.9 W pkt 5.5 Wymagań Zamawiającego - Zagospodarowanie Odpadów Poprocesowych i surowców wtórnych Zamawiający wskazał: *„Zamawiający może odstąpić od Umowy w zakresie zagospodarowania Odpadów Poprocesowych po upływie 5 lat Okresu Obsługi do końca Okresu Obsługi. W tej sytuacji Wykonawca będzie odpowiedzialny za przygotowanie i załadunek tych odpadów na pojazdy specjalistyczne Zamawiającego. Strony ustalą harmonogram odbioru w sposób zapewniający maksymalne napełnienie pojazdów Zamawiającego **a Wynagrodzenie Wykonawcy zostanie obniżone zgodnie ze stawkami wynikającymi z Oferty**”.*

5.10 W pkt VIII SIWZ zawierającym Opis sposobu przygotowania oferty Zamawiający stwierdził, że oferta powinna zostać sporządzona poprzez wypełnienie danych przez Partnera Prywatnego w Formularzu Oferty stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ, ściśle według instrukcji wypełnienia zawartej w załączniku nr 1 do Formularza Ofertowego.

5.11 Z kolei Załącznik nr 1 do Formularza Ofertowego zawiera, w szczególności załącznik nr 9 Koszt Partnera Prywatnego. Zamawiający oczekiwał wypełnienia powyższego formularza poprzez podanie określonych wartości jako elementów treści oferty, co oznacza że do obowiązków wykonawcy należało wypełnienie tego załącznika ściśle według opisu w nim zawartego. W szczególności do obowiązków wykonawcy należało wypełnienie pozycji obejmujących Koszty stałe transportu Odpadów Umownych (ceny realne), w tym Opłata stała za transport odpadów (ceny realne) oraz Koszty stałe zagospodarowania odpadów poprocesowych, w tym Opłata stała za zagospodarowanie odpadów poprocesowych.

5.12 Wykonawca ITPOK w złożonej przez siebie ofercie na str. 15 w Załączniku nr 9 w pozycjach dotyczących Kosztów stałych transportu Odpadów Umownych **oraz Kosztów**

**stałych zagospodarowania odpadów poprocesowych nie wycenił tych pozycji, a zatem nie objął ich treścią oferty.** W SIWZ nie znajduje się informacja o dopuszczeniu możliwości ujmowania danych kosztów w innych pozycjach formularza.

5.13 Zamawiający przewidział taką możliwość jedynie dla tabeli elementów scalonych i to wyłącznie w zakresie kosztów zbiorczych w zakresie projektowania i budowy (pkt 1.4.1. Wymagań Zamawiającego). A zatem należy uznać, że Zamawiający nie dopuszczał możliwości ulokowania tych kosztów w innych pozycjach na co wskazują sama treść tego załącznika instrukcje ich wypełniania, Zamawiający żądając podania tych cen uznał je za istotne dla rozliczenia Przedsięwzięcia.

5.14 Uwzględniając charakter i znaczenie poszczególnych cen, kosztów lub opłat, jako istotnych elementów oferty niedopuszczalna jest wobec nich procedura uzupełniania lub wyjaśnień.

### **3) Tabela Elementów Scalonych**

5.15 Załącznik dotyczący Tabeli Elementów Scalonych - Środków Trwałych, który został wypełniony przez wykonawcę ITPOK w jego ofercie, nie jest zgodny z wymaganiami dotyczącymi Planu Odtworzeniowego (poz. 5, 12, 29, 102, 104 i 114). Techniczny Okres Użytkowania, czyli okres do kiedy elementy powinny zostać zastąpione wedle deklaracji ITPOK jest krótszy niż powinien być, by pozostawać w zgodności z deklarowaną przez ITPOK datą wymiany.

5.16 Ponadto w załącznikach pn. Tabela Elementów Scalonych - Środki Trwałe oraz Struktura środków Trwałych na str. od 21 do 24 i 27 oferty ITPOK w pozycjach dotyczących urządzeń lub instalacji takich jak: 2 Rozdrabniarka, 112 Sieć kanalizacji ścieków procesowych i 29 Instalacja parowa niskoprężna brak jest informacji o cenach i technicznym okresie użytkowania, a tym samym wykonawca ITPOK nie zawarł w ofercie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji.

6. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, iż wykonawca ITOPK dokonał manipulacji ceną w zakresie opłaty ( $O_r$ ) jako sumy opłat: Opłaty Stałej ( $OS_r$ ) głównej, poprzez (i) nieuwzględnienie w ramach składnika  $OS_1$  wszystkich kosztów stałych związanych z realizacją Przedsięwzięcia, co było wymagane przez Zamawiającego zgodnie pkt. 2.2 Załącznika 2 - Mechanizm Wynagrodzenia oraz (ii) niewypełnienie (niewycenienie) pozostałych pozycji wchodzących w skład opłaty głównej (to jest opłaty Stałej ( $OT_r$ ) za transport odpadów oraz Opłaty Stałej ( $OP_r$ ) za zagospodarowania odpadów Poprocesowych), co doprowadziło do sztucznego zaniżenia elementu wynagrodzenia wykonawcy, będącego przedmiotem oceny oferty w ramach Podkryterium 3.1 (wysokość stałej opłaty głównej w pierwszym roku Obsługi), a w konsekwencji do wyboru oferty droższej, niż oferta Odwołującego

6.1 Zamawiający winien był odrzucić ofertę wykonawcy ITPOK na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp, jako że, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Należy wskazać, iż zgodnie z SIWZ w ramach *Kryterium 3 - Terminy i wysokość przewidywanych płatności i innych świadczeń, Podkryterium 3.1. - Wysokość stałej opłaty głównej w pierwszym roku Okresu Obsługi*. Zgodnie z SIWZ, pkt. XI *Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert*, Zamawiający oceniał oferty według 3 kryteriów (i 5 podkryteriów):

1) **Kryterium 1** - Wynagrodzenie (waga 75%)

a) Podkryterium 1.1 - wysokość sumy Ceny Kontraktowej za Projektowanie i Ceny Kontraktowej za Budowę (łącznie określone jako „CAPEX”), Ceny Kontraktowej za Obsługę (OPEX) oraz wartości bieżącej Funduszu Odtworzeniowego (NPC (FO)) -(CAPEX + OPEX+NPC(FO))

2) **Kryterium 2** - Podział zadań i ryzyk związanych z Przedsięwzięciem pomiędzy Zamawiającym a Partnerem Prywatnym (waga 15%):

a) Podkryterium 2.1 - Wysokość odpowiedzialności Partnera Prywatnego za utratę Dotacji Unijnej

b) Podkryterium 2.2 - Efektywność instalacji 1 - Wysokość deklarowanej efektywności Instalacji w zakresie produkcji energii elektrycznej

c) Podkryterium 2.3 - Efektywność instalacji 2 - Wysokość deklarowanej efektywności Instalacji w zakresie produkcji ciepła

3) **Kryterium 3** - Terminy i wysokość przewidywanych płatności lub innych świadczeń Zamawiającego - (waga 10%)

**a) Podkryterium 3.1 - Wysokość stałej opłaty głównej w pierwszym roku Okresu Obsługi.**

Co istotne, zgodnie z przeprowadzoną przez Zamawiającego oceną ofert, oferta Odwołującego uzyskała najwyższą ocenę w 3 spośród 5 podkryteriów oceny ofert, była także ofertą najtańszą.

6.2 Zgodnie z rozdziałem XI, pkt 2.3.1 SIWZ liczba punktów uzyskana w ramach Podkryterium 3.1 - Wysokość stałej opłaty głównej w pierwszym roku Okresu Obsługi była obliczana według następującego wzoru:

$$\frac{\min(O_r)}{\text{Wartość } O_r \text{ Badanej Oferty}} * 10 \text{ punktów} = \text{liczba punktów}$$

gdzie:

-  $\min(O_r)$  to najniższa (ze wszystkich ofert podlegających ocenie) wysokość sumy opłat: Opłaty Stałej (OS<sub>r</sub>) główna, Opłaty Stałej (OT<sub>r</sub>) za transport odpadów oraz Opłaty Stałej (OP<sub>r</sub>) za zagospodarowanie odpadów poprocesowych w pierwszym roku Okresu Obsługi;

- *Wartość 0, Badanej Oferty* to wysokość sumy opłat: Opłaty Stałej ( $OS_r$ ) główna, Opłaty Stałej ( $OT_r$ ) za transport odpadów oraz Opłaty Stałej ( $OP_r$ ) za zagospodarowanie odpadów poprocesowych w pierwszym roku Okresu Obsługi dla badanej oferty Wykonawcy.

Maksymalna ilość punktów do zdobycia w ramach podkryterium 3.1 to 10 pkt.

Innymi słowy, im niższa sumę opłat zaproponował dany wykonawca tym wyższą otrzymywał liczbę punktów w Podkryterium 3.1.

6.3 Wykonawca ITOPK dokonał manipulacji ceną w zakresie opłaty ( $O_r$ ) jako sumy opłat: Opłaty Stałej ( $OS_r$ ) głównej, poprzez (i) nieuwzględnienie w ramach składnika  $OS_1$  wszystkich kosztów stałych związanych z realizacją Przedsięwzięcia, co było wymagane przez Zamawiającego zgodnie pkt. 2.2 Załącznika 2 - Mechanizm Wynagrodzenia oraz (ii) niewypełnienie (niewycenienie) pozostałych pozycji wchodzących w skład opłaty głównej (to jest opłaty Stałej ( $OT_r$ ) za transport odpadów oraz Opłaty Stałej ( $OP_r$ ) za zagospodarowania odpadów Poprocesowych). Takie działanie wykonawcy ITPOK doprowadziło do sztucznego zaniżenia elementu wynagrodzenia wykonawcy, będącego przedmiotem oceny oferty w ramach Podkryterium 3.1 (wysokość stałej opłaty głównej w pierwszym roku Obsługi).

6.4 Wykonawca ITPOK, nie uwzględniając, niezgodnie z SIWZ, w Opłacie Stałej wszystkich wymaganych kosztów stałych uzyskał niższą wartość Opłaty Stałej w okresie Obsługi, a tym samym uzyskał maksymalną liczbę punktów (10 pkt) w *Podkryterium 3.1. - Wysokość stałej opłaty głównej w pierwszym roku Okresu Obsługi.*

6.5 Jednocześnie, należy wskazać, że cena netto wskazana przez wykonawcę ITPOK w swojej ofercie była wyższa, niż cena zaoferowana przez Odwołującego. Łączne wynagrodzenie zaoferowane przez ITPOK wynosiło (cena netto) 1.216.956.172 PLN, a łączne wynagrodzenie zaoferowane przez Odwołującego wynosiło (cena netto) 1.195.464.781 PLN. W ramach Ceny Kontraktowej za Obsługę różnica pomiędzy ofertami jest jeszcze bardziej znacząca: Odwołujący zaoferował 731.610.534 PLN (netto), a oferta wykonawcy ITPOK wynosi 787.145.376 PLN (netto).

6.6 Wykonawca ITPOK dokonał zatem manipulacji składnikami ceny oferty podlegającymi ocenie, tak aby osiągnąć wyższą punktację w Podkryterium 3.1. Takie działanie jest nie tylko sprzeczne z SIWZ, ale stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK”), jako stanowiący manipulację składnikiem ceny oferty, podlegającym ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Brak odrzucenia oferty wykonawcy doprowadził w ostateczności do wyboru oferty droższej, co jest rozwiązaniem niekorzystnym dla Zamawiającego.

6.7 W tym miejscu należy wskazać, iż artykuł 3 ust. 1 UZNK jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde działanie, które jest sprzeczne z prawem (a więc normami stanowionymi) oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładowe wyliczenie takich czynów zawiera art.

3 ust. 2 oraz art. 5-17 UZNK, który stanowi katalog otwarty. "Dobre obyczaje" to normy postępowania nie będące normami prawnymi, są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak "zasady współżycia społecznego" oraz "ustalone zwyczaje", których powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą, przy czym nie chodzi tutaj o przestrzeganie dobrych obyczajów, jako abstrakcyjnych norm postępowania społecznego, norm grzeczności, ale o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Jednocześnie o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. Niewątpliwie zatem działanie wykonawcy ITPOK, polegające na nieujęciu w Opłacie Stałej (OSI) wszelkich kosztów utrzymania Instalacji prowadzi do sztucznego zaniżenia takich kosztów, dzięki czemu wykonawca ITPOK mógł osiągnąć maksymalną ocenę w ramach Podkryterium 3.1, co stanowi o dopuszczeniu się przez wykonawcę ITPOK czynu nieuczciwej konkurencji.

6.8 Również w orzecznictwie KIO stwierdza się, iż działania analogiczne, do tych których dopuścił się wykonawca ITPOK noszą znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, co powinno skutkować odrzuceniem oferty takiego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 3) Pzp. Przytacza wyrok KIO z 26.09.2012 r., sygn. KIO 1934/12 i wyrok KIO z 28.03.2017 r. sygn. KIO 473/17.

7. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ z uwagi na nieuwzględnienie przez wykonawcę ITPOK faktycznych kosztów zużycia energii elektrycznej (Ezr) oraz zużycia wody z sieci miejskiej (Wzr), co było wymogiem Zamawiającego zgodnie z pkt. 2.4. Mechanizmu Wynagradzania

7.1 Zamawiający zgodnie z pkt. 2.4. Mechanizmu Wynagradzania, nakazał wykonawcy uwzględnić w parametrze EP r,m „koszty faktycznie poniesione i zapłacone przez Wykonawcę” m.in. dotyczące opłaty za wodę (pkt. d), opłatę za energię elektryczną (pkt. e) - do limitu określonego w ofercie wykonawcy (wartości: zużycie wody z sieci miejskiej - Wzr i zużycie energii elektrycznej - Ezr). W Załączniku nr 6 do Formularza Ofertowego, wykonawca powinien wskazać te wartości. Jednocześnie, jak wynika z Załącznika nr 7 do Formularza Ofertowego, Zamawiający przyjął, że od roku 2027 nastąpi wzrost ilości Odpadów Umownych dostarczanych do Instalacji ze 120.000, do 160.000.

#### **Zużycie wody z sieci miejskiej (Wzr)**

7.2 Zużycie wody z sieci miejskiej (Wzr) zostało w ofercie ITPOK określone na 3.500 m<sup>3</sup> rocznie. Jednocześnie wielkość ścieków (Szr) została w ofercie ITPOK również określona na 3.500 m<sup>3</sup> rocznie. Powyższe wskazuje, że ITPOK uwzględnił jedynie zużycie wody na potrzeby zaspokojenia potrzeb socjalnych pracowników Instalacji, pominięte zostało

natomiast zużycie wody na potrzeby realizacji procesów przemysłowych. To z kolei wskazuje, iż pobór wody dla potrzeb realizacji procesów przemysłowych odbywać się będzie z innego źródła, które nie zostało dotychczas określone. Istnieje więc ryzyko przerzucania dodatkowych kosztów związanych z zapewnieniem poboru wody na ZUT.

### **Zużycie energii elektrycznej**

7.3 Roczne zużycie energii elektrycznej w ofercie ITPOK (Ezr) zostało określone na 13 152 MWh, co oznacza, iż zużycie na poziomie 82,2 kWh na tonę odpadków (13 151 MWh podzielone przez 160 000 ton przetwarzanych odpadów rocznie). Wskazane zużycie jest nadzwyczaj niskie dla zakładów tego typu, co więcej pomija ono wysoką wartość kaloryczną spalanych odpadów, wymuszającą pracę (a więc istotne zużycie energii elektrycznej) szeregu wentylatorów i systemów wywiewnych. W efekcie w ofercie ITPOK dochodzi do zaniżenia kosztów energii elektrycznej przerzucanych na ZUT oraz zawyżenia projektowanych zysków ze sprzedaży wyprodukowanej energii. Co więcej średnie zużycie zostało określone na takim samym poziomie 13 152 MWh zarówno w przypadku wyliczeń dotyczących przetwarzania w pierwszych pięciu latach 120 000 ton rocznie, jak i 160 000 ton rocznie.

### 8. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ w zakresie wymagań SIWZ dotyczących turbiny upustowo-kondensacyjnej

8.1 Zgodnie z dokumentacją przetargową oferowane rozwiązanie techniczne dot. zastosowanej turbiny parowej musi spełniać następujące wymagania:

1) zgodnie z Decyzją Środowiskową:

- zgodnie z pkt. 3 lit h) Decyzji środowiskowej (stanowiącej część SIWZ) wymagane jest zaprojektowanie instalacji odzysku energii jako kogeneracyjny układ z turbiną parową pracującą w układzie upustowo - kondensacyjnym;
- w Załączniku 1 Charakterystyka Przedsięwzięcia (str. 3) w pkt. obieg pary wodnej, wskazano, że z upustu turbiny para może być pobierana na potrzeby ciepłownictwa (...) Strumień pary przechodzący przez turbinę wykorzystywany jest do produkcji energii elektrycznej. Para z wylotu turbiny trafia do luko (kondensatora chłodzonego powietrzem), gdzie następuje jej skroplenie;
- dalej (str. 15) w pkt. zawarto opis turbiny upustowo - kondensacyjnej, wskazując, że *Turbina upustowo kondensacyjna przejmuje całą wytworzoną w kotłach parę, a rozprężając ją w części wysokoprężnej, produkuje energię elektryczną. W upuście turbiny, w którym utrzymywane jest regulowane ciśnienie, można pobierać parę na potrzeby ciepłownictwa i do odgazowywacza. Reszta pary zostanie następnie rozprężona w turbinie I wykorzystana do produkcji prądu. W niskoprężnej strefie turbiny zaplanowano umiejscowienie pozbawionego regulacji upustu. Pobraną w tym miejscu parę można wykorzystać do ponownego*

ogrzewania skroplin.

2) zgodnie z PFU, par. 2.1.3.4.1:

*W upuście odbiorczym, w którym ma być utrzymywane regulowane ciśnienie, będzie można pobierać parę na potrzeby ciepłownictwa. Aby podnieść wydajność energetyczną całej instalacji, w upuście odbiorczym należy zapewnić możliwość regulacji ciśnienia w zależności od temperatury na wyjściu wody grzewczej.*

3) Zgodnie z Załącznikiem 7 do Wymagań Zamawiającego - Standardy Świadczenia Usług, pkt 2.3: „*Warunki pracy w zakresie nominalne produkcji mocy elektrycznej (brutto) i ciepła wynikają z Oferty i są przedstawione w 4 wariantach obciążenia nominalnego kotła (przedstawionych poniżej) dla temperatury otoczenia 15°C i wilgotności powietrza 60%; gdzie moc elektryczna (brutto) jest deklarowana, w zależności od mocy odbioru ciepła przez sieć dystrybucyjną (w przedziale od 100% wytworzonego ciepła do 0 tj. od pełnej kondensacji do pełnej kogeneracji.) z postępowaniem co 1 MW.*

*Definicja skrajnych trybów pracy:*

*Tryb kondensacyjny - cała produkowana w kotle para jest dostarczana do turbiny następnie z turbiny kierowana jest (poza poborami technologicznymi) do kondensatora.*

*W tym trybie instalacja nie dostarcza ciepła do sieci ciepłowniczej a wielkość produkcji ciepła wynika jedynie z potrzeb własnych instalacji.*

*Tryb ciepłowniczy (kogeneracyjny) - cała produkowana w kotle para jest dostarczana do turbiny a następnie do wymiennika podturbiny (bądź wymienników podturbiny), w których następuje podgrzanie wody płynącej w miejskim systemie ciepłowniczym. W tym trybie część pary kierowana jest do kondensatora a jej ilość wynika z ograniczeń mocy cieplnej wymaganej przez miejski system ciepłowniczy. Minimalna ilość pary do kondensatora wynika z potrzeby chłodzenia ostatnich rzędów łopatek turbiny.”*

8.2 Z powyższych wymagań jasno wynika, że musi zostać zastosowana **turbina upustowo-kondensacyjna**, a ciepło odprowadzane do sieci ciepłowniczej musi pochodzić z upustu turbiny a nie z wylotu turbiny.

8.3 Analiza dokumentacji ofertowej ITPOK - Formularza Ofertowego - Załącznika 3 wyraźnie pokazuje, że produkcja energii elektrycznej nie wzrasta przy redukcji ciepła do sieci ciepłowniczej. Krzywa mocy elektrycznej w stosunku do mocy grzewczej odprowadzanej do sieci ciepłowniczej jest nieracjonalnie płaska (w dużym zakresie pracy moc elektryczna turbiny jest stała pomimo zmiany poborów na cele ciepłownicze). Taka charakterystyka pracy turbiny może wynikać (każdym z nich lub dowolną kombinacją):

1) Całkowita ilość pary wytwarzanej przez kocioł nie zasila turbiny parowej, ale częściowo jest zrzucana do skraplacza. Taki wybór nie byłby zgodny z definicją trybu kondensacji określonego w załączniku 7 do PFU („*tryb kondensacji - cała para wytwarzana w kotle jest dostarczana do turbiny*”).

2) Całkowita ilość pary wytwarzanej przez kocioł nie zasila turbiny parowej, ale częściowo jest kierowana do wymiennika ciepła ciepłowniczego. Para do turbiny parowej jest tylko różnicą między całkowitą ilością pary wytwarzanej w kotle a parą wykorzystaną do celów ciepłowniczych. Taki wybór nie byłby zgodny z definicją trybu kondensacji określonego w Załączniku 7 do Wymagań Zamawiającego - Standardy świadczenia Usług („Załącznik 7”): *{„tryb kondensacji - cała para wytwarzana w kotle jest dostarczana do turbiny”}*

3) Turbina parowa nie jest wyposażona w upust pary dla sieci ciepłowniczej, a para z wylotu turbiny jest kierowana na wymiennik sieci ciepłowniczej lub na chłodzony powietrzem kondensator. Ten wybór byłby niezgodny z obowiązującymi wymaganiami PFU i Decyzją o Środowisku dotyczącym konieczności zastosowania turbiny upustowo-kondensacyjnej, czyli wyposażonej w upust.

8.4 Podsumowując powyższe uwagi należy wskazać, że płaska krzywa zadeklarowana przez ITPOK może wynikać jedynie przy założeniu, że występuje przynajmniej jedna z trzech przedstawionych powyżej konfiguracji technicznych. Zgodnie z podanymi powyżej wymaganiami przetargowymi możemy stwierdzić:

- 1) Konfiguracja n. 1 nie byłaby zgodna z Załącznikiem 7 ani PFU,
- 2) Konfiguracja n. 2 nie byłaby zgodna z Załącznikiem 7 ani PFU,
- 3) Konfiguracja n. 3 nie byłaby zgodna z decyzją w sprawie środowiska, z Załącznikiem 7, ani z PFU.

8.5 Tym samym dane zadeklarowane przez ITPOK w dokumencie Formularz Ofertowy - Załącznik 3 nie spełniają wskazanych powyżej wymagań dokumentacji przetargowej, co stanowi o niezgodności oferty ITPOK z SIWZ.

8.6 Dodatkowo należy zauważyć że charakterystyka turbiny jasno wskazuje że w szerokim zakresie pracy turbiny duża część energii cieplnej jest tracona, co jest w sprzeczności z wymogiem PFU dot. zastosowania urządzeń maksymalizujących efektywność energetyczną instalacji.

**9. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ w zakresie efektywności energetycznej zakładu, ponieważ wartości zadeklarowane przez ITPOK w zakresie ilości wytworzonej energii elektrycznej brutto nie mogą zostać realnie osiągnięte**

9.1 Organizacja wymaganego zakładu przetwarzania odpadów na energię, a w szczególności kotła i cyklu turbiny parowej, tj. poszczególnych części procesu wytwarzania energii, musi być zgodna z PFU i Decyzją Środowiskową.

9.2 Zatem, zgodnie z wskazanymi powyżej w pkt. 8.1. Odwołania postanowieniami PFU oraz Decyzji środowiskową system, aby być zgodny z dokumentacją przetargową, musi być oparty na:

- turbinie upustowo-kondensacyjnej,
- skraplaczu chłodzonym powietrzem,
- miejskiej sieci grzewczej zasilanej przez jeden lub więcej niż jeden upust pary z turbiny parowej.

9.3 Ponadto konieczne jest przestrzeganie obowiązkowych wymogów wynikających z PFU i Decyzji Środowiskowej co do ciśnienia i temperatury pary (39 bar/400 °C), temperatury wody zasilającej (130 °C), temperatury wyjściowej gazów odlotowych na wyjściu z kotła (200 °C).

9.4 Uwzględniając wszystkie te wymogi, możliwe jest określenie konfiguracji cyklu ciepłego/kotła w sposób pokazany na rysunku */Znajduje się on w tym miejscu odwołania/*.

9.5 Ponadto można założyć:

- wydajność kotła jako maksymalną według ograniczeń w dokumentacji przetargowej,
- ciśnienie robocze skraplacza chłodzonego powietrzem na poziomie 0,1 bara przy temperaturze otoczenia 15 °C,
- upust pary z turbiny w celu zasilania odgazowyczacza i do innych zastosowań wewnętrznych wykorzystuje 2,7 bara,
- upust pary z turbiny w celu zasilania wymiennika ciepła miejskiego systemu grzewczego 1 bar.

9.6 Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe aspekty oraz obliczając sprawność izentropową turbiny parowej, wynikającą z mocy elektrycznej brutto zadeklarowanej przez ITPOK przy 100% obciążeniu cieplnym pieca oraz przy pełnej eksploatacji skraplacza, uwzględniając także fakt, że sprawność izentropową nie obniża się przy niższych obciążeniach, wyliczona produkcja energii elektrycznej brutto jest dużo niższa dla niskich obciążeń elektrycznych niż zadeklarowana przez ITPOK */w tym miejscu odwołania znajduje się stosowna tabela na potwierdzenie powyższego/*.

9.7 Trzeba zauważyć, że wartości tu obliczone to wartości maksymalne, które mogą być osiągnięte, jeśli zakład stosuje się do dokumentów przetargowych. Nawet uwzględniając pewną swobodę przy określaniu różnych szczegółów tych części zakładu, nie jest możliwe uzyskanie odpowiedniego wzrostu wytwarzania energii elektrycznej.

9.8 Dlatego też zgodnie z oferta ITPOK wykonawca ten zawiąza ilość energii elektrycznej brutto wytwarzanej przy niskich obciążeniach turbiny parowej, a oferta ITPOK jest niezgodna z SIW2 w zakresie efektywności energetycznej zakładu, ponieważ wartości zadeklarowane przez ITPOK w zakresie ilości wytworzonej energii elektrycznej brutto nie mogą zostać realnie osiągnięte.

Zamawiający w dniu 26.07.2017 r. (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28.07.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) przez ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k., ul. Chmielna 25,00-021 Warszawa zwanej dalej: „ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 07.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. złożyła pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia pisma została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

#### ZARZUT PRZYJĘCIA NIEWŁAŚCIWEJ STAWKI PODATKU VAT

3.1 W punkcie II. 1 (s. 2) petitum Odwołania Odwołujący zarzucił ZUT: "zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ITPOK, podczas gdy oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny w zakresie Składnika "Cena Kontraktowa za Obsługę", gdyż wykonawca ITPOK zastosował błędną stawkę podatku FAT w wysokości 23%, podczas gdy prawidłowa stawka podatku VAT jaką należało przyjąć w zakresie obliczenia składnika "Cena Kontraktowa za Obsługę " wynosi 8%."

3.2 Zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie przez KIO.

3.3 Odwołujący uznał, że Cena Kontraktowa za Obsługę powinna obejmować kwotę podatku VAT w wysokości 8% podstawy opodatkowania. Odwołujący pomylił się jednak i zastosował nieprawidłową stawkę. Odwołujący błędnie zinterpretował zakres usług, które na podstawie Umowy o PPP na rzecz Zamawiającego ma świadczyć partner prywatny. Odwołujący błędnie ocenił, że Usługi służą zasadniczo usuwaniu Odpadów Umownych, podczas gdy istotą Usług jest zarządzanie instalacją (zapewnienie jej należytego funkcjonowania i sprawności technicznej), w tym wytwarzanie z odpadów energii. Dołączone do Odwołania interpretacje podatkowe dotyczą zupełnie innego stanu faktycznego i zakresu usług niż te, które w Okresie Obsługi miałyby świadczyć na rzecz Zamawiającego partner prywatny. Doszło zatem do sytuacji, w której Odwołujący uznał błędnie, iż stawka VAT, którą należy opodatkować Usługi to 8% i w konsekwencji podjął działania mające na celu wykazanie, iż błędna jest prawidłowo zastosowana przez ITPOK stawka 23%.

3.4 Poniżej wskazujemy powody, dla których należy uznać, iż zarzut przyjęcia przez ITPOK nieprawidłowej stawki VAT jest nietrafny, a argumenty podnoszone przez Odwołującego bazują na błędnych przesłankach.

3.5 Wysokość stawek VAT właściwych dla opodatkowania dostaw towarów lub świadczenia usług oraz zasady ich stosowania określa ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od

towarów i usług (dalej: "Ustawa o VAT"). Zgodnie z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 Ustawy o VAT, w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2018 r., stawka podatku VAT w Polsce wynosi 23%. Polskie przepisy o VAT przewidują dla niektórych świadczeń obniżone stawki VAT, w wysokości: 8%, 5% i 0%. Jednakże stosowanie preferencyjnych stawek VAT jest ograniczone wyłącznie do dostaw towarów i świadczenia usług enumeratywnie wymienionych w przepisach regulujących opodatkowanie VAT, w tym w szczególności w załącznikach nr 3 (stawka 8%) i nr 10 (stawka 5%) do Ustawy o VAT oraz w przepisach wykonawczych.

3.6 W celu ustalenia właściwej stawki VAT, którą partner prywatny powinien stosować dla usług świadczonych na rzecz Zamawiającego w Okresie Obsługi, należy odnieść się do faktycznego zakresu tych usług oraz postanowień, zawartych w dokumentach związanych z Postępowaniem.

3.7 Zgodnie z punktem 1.1.84 Warunków Umownych, Usługi obejmują (i) odbiór Frakcji od RIPOK, (ii) prowadzenie termicznego przekształcania Frakcji w Instalacji, (iii) produkcję ciepła oraz energii elektrycznej, (iv) utrzymanie i konserwację Instalacji zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego oraz (v) wykonywanie wszystkich innych obowiązków ITPOK przewidzianych w Umowie o PPP. Z kolei w punkcie 5.1.1. Wymagań Zamawiającego zakres Usług został doprecyzowany i opisany w następujący sposób:

3.7.1 Odbiór, transport i monitoring Odpadów Umownych,

3.7.2 Zagospodarowanie Odpadów Poprocesowych i surowców wtórnych,

3.7.3 Przygotowanie żużla do odbioru przez Zamawiającego,

3.7.4 Wsparcie Zamawiającego pod względem organizacyjnym i technologicznym w prowadzeniu działalności wytwórczej energii elektrycznej i ciepła,

3.7.5 Produkcja i obsługa sprzedaży energii cieplnej oraz energii elektrycznej,

3.7.6 Utrzymanie Instalacji,

3.7.7 Planowanie oraz sprawozdawczość i monitoring świadczenia Usług.

3.8 Mając na uwadze przedstawiony powyżej zakres Usług, jest oczywiste, że usługi świadczone w Okresie Obsługi powinny zostać w całości opodatkowane stawką VAT w wysokości 23%, jako kompleksowa usługa zarządzania ZTPO. Nie ma absolutnie żadnych podstaw prawnych na gruncie Ustawy o VAT, aby usługi zarządzania, utrzymania oraz eksploatacji ZTPO, opisane w ww. sposób kwalifikować jako usługi, dla których ustawodawca przewidział zastosowanie preferencyjnej stawki VAT. W szczególności, zastosowanie w omawianym zakresie preferencyjnej stawki 8%, jak chce tego Odwołujący, stanowiłoby rażące złamanie zasady, zgodnie z którą obniżone stawki VAT mogą być stosowane jedynie do ściśle określonych przepisami rodzajów towarów oraz usług, na którą to zasadę powołuje się sam Odwołujący w Odwołaniu. Zasadą jest także, że świadczenia podlegają opodatkowaniu VAT stawką podatkową, a wyjątkiem są m.in. stawki obniżone (jest

to tzw. ścisła interpretacja)" - punkt 2.8 Odwołania). Wspomniane we wstępie załączniki do Ustawy o VAT, wymieniające enumeratywnie czynności objęte preferencyjnym traktowaniem podatkowym w zakresie stawki VAT, w żadnym miejscu nie dają podstawy do objęcia takim preferencyjnym traktowaniem kompleksowego świadczenia, w skład którego wchodzi wszystkie czynności wskazane powyżej.

3.9 Biorąc pod uwagę, że ZUT opisywał przedmiot przedsięwzięcia ("Przedsięwzięcie") w fazie po wybudowaniu ZTPO jako zarządzanie, utrzymanie i eksploatacji ZTPO (punkt II. 1.5 ogłoszenia), należy przyjąć, że wszystkie Usługi z perspektywy zarówno Zamawiającego, jak i wykonawcy, trzeba uznawać za ściśle powiązane i stanowiące jedno ekonomiczne świadczenie. Istotne jest również to, że nie można na podstawie SIWZ wskazać na jakąkolwiek usługę, która stanowiłaby element dominujący świadczenia realizowanego przez wykonawcę w Okresie Obsługi. Elementem tym nie są w szczególności czynności związane z zagospodarowaniem Frakcji, w tym wskazywane przez Odwołującego usługi związane z usuwaniem odpadów).

3.10 Z powyższych powodów, poszczególne usługi świadczone w Okresie Obsługi powinny zostać zakwalifikowane łącznie jako kompleksowa usługa zarządzania ZTPO, opodatkowana podstawową stawką 23% VAT. Pozostaje to w zgodzie z nazwą Przedsięwzięcia oraz uwzględnia powiązanie wszystkich usług niezbędnych do obsługi ZTPO. Należy bowiem podkreślić, że w samej nazwie Przedsięwzięcia wskazano, że obejmuje ono "zaprojektowanie, wybudowanie i zarządzanie, utrzymanie i eksploatację, ewentualnie z finansowaniem Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów w Gdańsku" (podkreślenie pełnomocników). Z punktu widzenia Zamawiającego Usługi (szereg usług świadczonych jednocześnie) obejmują zatem zarządzanie, utrzymanie i eksploatację ZTPO, nie zaś utylizację Odpadów Umownych wraz z usługami pomocniczymi. Sama utylizacja Odpadów Umownych nie została nawet wprost wymieniona w nazwie Przedsięwzięcia. Nie było takiej potrzeby, ponieważ mieści się ona w zakresie zarządzania, utrzymania i eksploatacji ZTPO.

3.11 Ponadto, nawet jeżeli jakaś część Usług podlegałaby obniżonej stawce VAT - tj. gdyby była świadczona odrębnie, co jednak nie będzie miało miejsca w ramach usług świadczonych w Okresie Obsługi - to i tak ITPOK miałby obowiązek zastosowania do ogółu wykonywanych czynności, stawki podstawowej w wysokości 23%. Prawidłowość takiej kwalifikacji potwierdza wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ("TSUE") w sprawie C-44/11, Deutsche Bank AG. Wyrok ten dotyczył sytuacji, w której jedno z równorzędnych świadczeń korzystało ze zwolnienia od VAT, natomiast drugie podlegało opodatkowaniu. TSUE orzekł, że podatnik miał obowiązek opodatkowania na zasadach ogólnych obu, ściśle ze sobą związanych, świadczeń, bez możliwości zastosowania zwolnienia. Analogiczne podejście należy przyjąć w sytuacji, gdy rozważana jest podstawowa i obniżona stawka VAT. Bowiern także w odniesieniu do obniżonych stawek

VAT zastosowanie ma ścisła interpretacja (tj. wyjątkiem są stawki obniżone), z czym zgodził się również Odwołujący.

3.12 Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, "usługi świadczone w ramach Usług w okresie Obsługi stanowią jedno, złożone świadczenie, którego wiodącym elementem jest usuwanie odpadów/ spalanie odpadów" (podkreślenie pełnomocników). Dodatkowo, "celem Zamawiającego jest otrzymanie kompleksowej usługi spalania odpadów, (...) a zatem należy zauważyć, iż celem samym w sobie nie jest usługa utrzymania i konserwacji Instalacji lub wytworzenia energii elektrycznej i ciepła". Konsekwencją powyższej kwalifikacji usług jest stwierdzenie Odwołującego, iż: "do świadczenia "Usług" w Okresie Obsługi stanowiących jedno, złożone świadczenie, którego wiodącym elementem jest usuwanie odpadów/spalanie odpadów, należy zastosować stawkę 8%". Powyższa kwalifikacja jest jednak w pełni arbitralna, ponieważ nie znajduje żadnych podstaw na gruncie SIWZ.

3.13 Biorąc pod uwagę zakres Przedsięwzięcia, nie ma podstaw do uznania, że w Okresie Obsługi usługa usuwania/spalania odpadów stanowić będzie usługę dominującą/zasadniczą, natomiast pozostałe usługi jedynie jej dopełnienie (czyli czynności o charakterze pomocniczym). Nie ulega bowiem wątpliwości, że wszystkie Usługi mają zapewnić sprawne i efektywne funkcjonowanie ZTPO. Usługi dotyczące produkcji ciepła i energii elektrycznej nie tyle dopełniają usuwanie/spalanie odpadów, co są z nimi po prostu technologicznie powiązane, ze względu na to, iż ZTPO jest elektrociepłownią, a nie wyłącznie zakładem utylizacji odpadów. Zamawiający postrzega wytwarzanie energii w ZTPO jako cel sam w sobie i ściśle parametryzuje usługi z tym związane (pkt 5.6.2. i 5.6.3. Wymagań Zamawiającego, pkt 2.3. dokumentu pod nazwą Standardy Świadczenia Usług, stanowiącego załącznik nr 7 do Wymagań Zamawiającego, w którym to punkcie zostaje określona minimalną moc wyprodukowanej energii elektrycznej i cieplnej). O znaczeniu, jakie Zamawiający przypisuje wytwarzaniu energii w ZTPO może świadczyć, iż wysokość deklarowanej efektywności ZTPO w zakresie produkcji energii elektrycznej oraz wysokość deklarowanej efektywności ZTPO w zakresie produkcji ciepła stanowiły odrębne kryteria, którymi Zamawiający kierował się przy wyborze oferty (podkryteria 2.2. i 2.3. określone w SIWZ).

3.14 Na ważny, z perspektywy Zamawiającego, element Usług w zakresie produkcji energii elektrycznej i ciepła wskazują również informacje zamieszczone przez Zamawiającego na stronach internetowych <http://www.portczysteenergii.pl/port-czystej-energii> oraz <http://zut.com.pl/spolka/glowne-inwestycje/pce-czyli-spalarnia-odpadow/>. ZTPO ma być nowoczesną instalacją umożliwiającą produkcję energii elektrycznej i ciepła z odpadów komunalnych. Innymi słowy jest to elektrociepłownia, w której paliwem są odpady. ZTPO będzie funkcjonował pod nazwą Port Czystej Energii. Również planowana nazwa świadczy o tym, iż produkcja energii nie stanowi dla Zamawiającego jedynie usługi pomocniczej w stosunku do utylizacji odpadów. Ponadto, jak wskazywał w dokumentacji

Postępowania Zamawiający, celem Przedsięwzięcia jest m.in. zwiększenie bezpieczeństwa dostaw ciepła i energii elektrycznej dla Trójmiasta oraz wykorzystanie pozostałości z procesu spalania (żużle), jako materiału budowlanego, np. przy budowie dróg. Warto w tym kontekście również zauważyć, że w trakcie Okresu Obsługi sprzedaż wytworzonego przez ZTPO ciepła oraz energii elektrycznej prowadzona będzie w imieniu i na rzecz Zamawiającego (przy asyście partnera prywatnego). To Zamawiający będzie zatem uzyskiwał przychód z tytułu tych czynności. W tym kontekście twierdzenie, jakoby wytwarzanie energii elektrycznej oraz ciepła przez podmiot zarządzający ZTPO nie stanowiło z perspektywy Zamawiającego autonomicznego celu (a jedynie efekt uboczny/ czynności pomocnicze w stosunku do procesowania odpadów) jest bezzasadne. Świadczenia te nie mają, na celu ułatwienia, czy też usprawnienia skorzystania z usługi utylizacji odpadów, lecz zmierzają do realizacji odrębnych potrzeb Zamawiającego.

3.15 Wbrew twierdzeniu Odwołującego, również utrzymanie i konserwacja ZTPO są kluczowe z punktu widzenia Zamawiającego. ZTPO przez Okres Obsługi stanowić będzie własność Zamawiającego. Natomiast ITPOK zostanie powierzone zarządzanie ZTPO w Okresie Obsługi. Po zakończeniu tego okresu, jeżeli nie nastąpi przedłużenie Umowy (lub nie dojdzie do zawarcia kolejnej umowy z ITPOK), ZTPO będzie eksploatowana przez Zamawiającego albo inny podmiot, który przejmie zarządzanie ZTPO. Po upływie okresu Umowy o PPP ZTPO powinien zatem nadal spełniać swoje funkcje. Jego utrzymanie i konserwacja stanowią tym samym cel sam w sobie (a nie usługę pomocniczą do usług usuwania/spalania odpadów). W przeciwnym wypadku Zamawiający nie miałby interesu w stawianiu przed oferentami konkretnych wymogów w tym zakresie.

3.16 W świetle powyższego ITPOK nie zgadza się z twierdzeniami Odwołującego, jakoby produkcja energii elektrycznej i ciepła oraz utrzymanie i konserwacja instalacji stanowiły jedynie środek do lepszego wykorzystania usługi "wiodącej", jaką w ocenie Odwołującego jest usługa usuwania odpadów. Twierdzenie takie stoi w sprzeczności zarówno z treścią SIWZ, jak również z ekonomicznym sensem i celem Przedsięwzięcia. Wbrew stanowisku Odwołującego, z perspektywy Zamawiającego usuwanie/spalanie odpadów nie jest ani jedynym, ani dominującym celem do osiągnięcia w Okresie Obsługi. Celem tym jest bowiem zapewnienie kompleksowego zarządzania wytworzoną infrastrukturą.

3.17 Nawiązując do podniesionego przez Odwołującego argumentu, że mechanizm wynagrodzenia odnosi się do ilości przetwarzanych odpadów, należy wskazać, iż sposób kalkulacji ceny nie może przesądzać o kwalifikacji usług dla potrzeb stosowania takiej, a nie innej stawki VAT. Możliwe jest wprowadzenie dowolnego sposobu ustalenia wynagradzania między stronami transakcji gospodarczych, a dokonany wybór mechanizmu wynagradzania za Usługi może wynikać z faktu, iż jest on oparty na obiektywnych, łatwych do uchwycenia parametrach. Jednocześnie ilość wyprodukowanej energii elektrycznej oraz ciepła w ZTPO

oczywisty sposób zależy od ilości przetworzonych odpadów. Dlatego też nie ma konieczności uzupełniania mechanizmu wynagrodzenia o dodatkowe wskaźniki w tym zakresie. Można w tym miejscu wskazać także, że postanowienia SIWZ pozwalały oferentowi oderwać wysokość wynagrodzenia od ilości przetwarzanych odpadów i uczynić z niego wynagrodzenie ryczałtowe poprzez alokowanie go do opłaty stałej.

3.18 W celu uzasadnienia swoich twierdzeń Odwołujący wskazał na interpretacje indywidualne, które dołączył do Odwołania. Obie dotyczą tego samego stanu faktycznego (zmianie uległ jedynie podmiot wnioskujący o wydanie interpretacji). Istotnie odbiegają one jednak od stanu faktycznego związanego z realizacją Przedsięwzięcia. W stanie faktycznym opisanym w interpretacjach przedstawionych przez Odwołującego, produkcja energii elektrycznej lub ciepła w spalarni miała rzeczywiście stanowić efekt uboczny spalania odpadów i w ogóle nie być elementem świadczenia wykonywanego na rzecz jednostki samorządu terytorialnego. Było to podkreślane przez podmioty wnioskujące o wydanie interpretacji. W przypadku Przedsięwzięcia produkcja odnawialnej energii elektrycznej oraz ciepła na uzgodnionym z góry poziomie jest odrębnym celem Zamawiającego. Błędne jest zatem stanowisko Odwołującego mówiące, że na gruncie podobnych stanów faktycznych ukształtowała się ugruntowana linia interpretacyjna organów podatkowych, zgodnie z którą do świadczenia Usług w Okresie Obsługi należy zastosować stawkę VAT w wysokości 8%. Każdy bowiem projekt inwestycyjny jest specyficzny, zależy od specyficznych celów inwestora i z perspektywy przepisów odnoszących się do stawek VAT musi być rozpatrywany indywidualnie.

3.19 W świetle powyższych okoliczności, dokonując kwalifikacji usług dla celów określenia prawidłowej stawki VAT, ITPOK uznał, iż w Okresie Obsługi będą świadczone kompleksowe usługi zarządzania ZTPO, które nie mieszczą się w żadnej z kategorii usług podlegających opodatkowaniu VAT według stawki 8% i w konsekwencji powinny podlegać opodatkowaniu z zastosowaniem podstawowej stawki 23% VAT. Nie ma wątpliwości, iż jest to trafne podejście, a nieprawidłową stawkę VAT przyjął Odwołujący.

3.20 Wbrew twierdzeniom Odwołującego, kody CPV nie przesądzają o kwalifikacji Usług dla potrzeb określenia właściwej stawki VAT. Takie stanowisko wielokrotnie prezentowała KIO, m.in. w wyroku z 22.02.2012 r., sygn. KIO 270/12. Z przytoczonego wyroku wyraźnie wynika, że kody CPV mogą stanowić dla wykonawcy źródło informacji użytecznej dla zastosowania właściwej stawki VAT, jednakże wyłącznie w powiązaniu z innymi elementami opisu przedmiotu zamówienia. W przypadku Postępowania użycie kodu 90500000 w powiązaniu z innymi elementami opisu przedmiotu zamówienia powinno być prowadzić do przyjęcia jednolitej stawki podatku VAT.

3.21 Godzi się także wskazać, iż w argumentacji uzasadniającej omawiany zarzut, przedstawionej w punkcie 2 Odwołania, znalazło się kilka nadinterpretacji, nieścisłości i

sprzeczności. I tak:

3.21.1 w pkt 2.11 Odwołujący przyznaje, że jednolita stawka VAT znajduje zastosowanie, gdy jedynie całe świadczenie kompleksowe ma sens gospodarczy dla zlecającego - tak więc poglądy Odwołującego i ITPOK w powyższym zakresie są identyczne. Różnica jest jedynie taka, że ITPOK uważa, że celem ZUT jest zapewnienie kompleksowej usługi zarządzania i eksploatacji ZTPO, a Odwołujący uważa, że celem ZUT jest zapewnienie usuwania odpadów;

3.21.2 cytując na końcu pkt 2.13 wskazuje, że usługą pomocniczą jest usługa, która nie jest celem samym w sobie, a zmierza do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej - tymczasem poszczególne Usługi nie pozostają z sobą w takiej relacji, np. usuwanie odpadów poprocesowych nie polepsza, ani nie pogarsza możliwości usuwania samych odpadów, produkcja energii nie poprawia, ani nie pogarsza możliwości przetwarzania odpadów, może być albo może nie być prowadzona równoległe ze spalaniem Odpadów Umownych i nie będzie mieć na to spalanie wpływu, etc;

3.21.3 w pkt 2.20 tiret 4 Odwołujący wskazuje, że usługa transportu odpadów i usługa ich termicznej obróbki jest świadczeniem pomocniczym (elementem składowym) usługi zarządzania i eksploatacji ZTPO - Odwołujący potwierdza tym samym, że to nie samo termiczne przetwarzanie jest sednem kompleksowej usługi zamawianej przez ZUT (śmieci są po prostu paliwem elektrociepłowni);

3.21.4 w pkt 2.20 tiret 4 Odwołujący nie ma racji, twierdząc, że nie można byłoby rozdzielić świadczeń podmiotu odpowiedzialnego za spalanie Frakcji od podmiotu zajmującego się bieżącą konserwacją i naprawą ZTPO - nie budzi wątpliwości, że bieżącą konserwację turbiny może prowadzić inny podmiot niż podmiot zajmujący się kontrolą odpadów przywożonych do ZTPO;

3.21.5 w pkt 2.20 tiret 6 Odwołujący nie ma racji, twierdząc, że w ramach Usług wykonawca nie dokonuje wymian elementów ZTPO - jak najbardziej ich dokonuje: są to wymiany wymuszone bieżącą konserwacją oraz takie, których wykonawca nie zaplanował jako kluczowych wymian objętych Funduszem Odtworzeniowym.

3.22 Powyżej ITPOK wyjaśnił, dlaczego w jego ocenie usługi świadczone w Okresie Obsługi powinny podlegać opodatkowaniu z zastosowaniem podstawowej stawki VAT w wysokości 23%. Na marginesie należy zwrócić uwagę, iż w związku z Przedsięwzięciem wysokość podatku VAT liczonego od wynagrodzenia przewidzianego w Umowie o PPP nie będzie miała charakteru cenotwórczego. Wszystkie bowiem świadczenia, które zostaną zrealizowane przez ITPOK w ramach Przedsięwzięcia, w tym również usługi wykonane w Okresie Obsługi, będą służyć w całości do wykonywania czynności opodatkowanych VAT (usługi zagospodarowania odpadów, sprzedaż energii elektrycznej i ciepłej). Oznacza to, iż podatek VAT wykazany na fakturach wystawianych przez ITPOK będzie podlegał odliczeniu

przez Zamawiającego w pełnej wysokości. W konsekwencji, z perspektywy Zamawiającego znaczenie ma wartość netto (jako komponent wynagrodzenia), a VAT ma charakter neutralny i nie wpływa na wysokość wydatków poniesionych przez Zamawiającego.

3.23 Na neutralność tego podatku wskazuje także Akt Umowy, stanowiący podstawę współpracy Zamawiającego i ITPOK w ramach Przedsięwzięcia. W Akcie tym mają zostać podane wyłącznie kwoty netto. Dodatkowo postanowienie § 2 punkt 1 Aktu Umowy określa, iż: *"Do kwot wskazanych w punkcie 1. Powyżej zostanie doliczony podatek od towarów i usług zgodnie z Prawem."*

3.24 Ponadto, w odpowiedziach udzielonych w toku postępowania Zamawiający wyjaśnił, iż *"(...) zgodnie z opisem kryteriów oceny ofert, w formularzu ofertowym będą porównywane poszczególne składowe części oferty w ich wartościach netto"*. Na powyższą odpowiedź Zamawiającego Odwołujący również zwrócił uwagę. Dodatkowo Zamawiający wskazuje w SIWZ maksymalne ceny, jakie oferenci mogą zaproponować za poszczególne etapy projektu, tak by ich oferta była brana pod uwagę, w wysokości netto.

3.25 Podejście Zamawiającego polegające na porównywaniu na potrzeby oceny ofert wynagrodzenia netto jest podejściem w pełni uzasadnionym. Umowa o PPP jest umową, która zostanie zawarta na okres przynajmniej 28 lat. Pod tym względem Umowa o PPP (jak każda inna umowa nazwana tego rodzaju) w sposób fundamentalny różni się od umowy w sprawie zamówienia publicznego (które zazwyczaj wykonywane są w okresie kilku miesięcy od dnia podpisania, najwyżej kilku lat po tym dniu). Zamawiający mógł przewidywać, iż w takim okresie stawki podatku będą się wielokrotnie zmieniać. Zamawiający mógł także uznać, że ocena wynagrodzenia na poziomie kwot netto nie naraża na szwank żadnego z interesów Zamawiającego (jak zostało powiedziane wcześniej Zamawiający będąc spółką z o.o. będzie miał możliwość odliczania VAT w pełnej wysokości). Zamawiający mógł wreszcie przyjąć, że świadczenie pieniężne dokonywane na rzecz partnera prywatnego przez Zamawiającego to w rozumieniu polskiego prawa wynagrodzenie, a nie cena w rozumieniu ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług. Ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług znajduje zastosowanie do detalicznej sprzedaży towarów i usług, podczas, gdy przedmiotem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jest wspólna realizacja Przedsięwzięcia. ITPOK stoi więc na stanowisku, że w przypadku umów o partnerstwie publiczno-prywatnym zamawiający mogą jako kryterium oceny ofert przyjmować kwoty netto wynagrodzenia, a tym samym nie ma podstaw, aby nieprawidłowe określenie wysokości stawki podatku od wynagrodzenia traktować analogicznie do błędu w określeniu ceny. Jeżeli racjonalny ustawodawca nie traktuje świadczenia pieniężnego z umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym jako ceny (wprowadza wyjątek), czyni to niewątpliwie celowo.

ZARZUT PODLEGANIA WYKLUCZENIU Z POSTĘPOWANIA PRZEZ ITPOK

4.1 Odwołujący w pkt 3 Odwołania (s. 15) zarzuca ZUT naruszenie trzech przepisów Pzp., tj. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4. Nie udowadnia jednak, że przepisy te, dotyczące wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, mają zastosowanie do ITPOK.

4.2 Zarzut jest całkowicie bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie przez KIO.

4.3 Pierwszy z rzekomo naruszonych przepisów - art. 89 ust. 1 pkt 5, do którego naruszenia miało rzekomo dojść w związku z naruszeniem z art. 24 ust. 4 Pzp. - odnosi się do postępowań jednoetapowych. Postępowanie było zaś prowadzone w wieloetapowym trybie dialogu konkurencyjnego. Powyższy przepis mógłby znaleźć zastosowanie w postępowaniu tylko w sytuacji, w której ITPOK zostałby wykluczony z postępowania jeszcze przed złożeniem ofert - na podstawie analizy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu /Tak między innymi P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2016, komentarz do art. 89, Nb 6 oraz M. Jaworska, Komentarz do art. 25 [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.), Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2017, pkt 25/. ITPOK nie został jednak wykluczony z postępowania przed dniem złożenia ofert i był uprawniony do złożenia oferty. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp. jest więc całkowicie chybiony i niezrozumiały.

4.4 Jeżeli chodzi o zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający nie mógł naruszyć tego przepisu, ponieważ na etapie oceny Zamawiający nie był już obowiązany do jego stosowania. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. *"z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonów którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu"*. Okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp., aktualizują się wyłącznie na etapie dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie na etapie oceny ofert /J.E. Nowicki, Komentarz do art. 24 [w] J.E. Nowicki, A. Bazan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W-wa 2015, LEX/el./.. Spełnianie przez ITPOK warunków udziału w postępowaniu, podlegało ocenie Zamawiającego na etapie wcześniejszym niż ocena ofert. ITPOK został sklasyfikowany na trzecim miejscu i zaproszony do dialogu konkurencyjnego. Spełnianie przez ITPOK warunków udziału w Postępowaniu było następnie przedmiotem: (i) postępowania odwoławczego przed KIO - w wyniku którego ITPOK został wykluczony z postępowania /wyrok z 16.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2708/14, KIO 2717/14, KIO 2720/14, KIO 2723/14/ oraz (ii) postępowania przed Sądem Okręgowym w Gdańsku ("SO") -w wyniku którego decyzja KIO o wykluczeniu ITPOK z postępowania została uchylona / wyrok z 27.04.2015 r., sygn. akt XII Ga 108/15/. W wyniku powtórnej oceny spełniania warunków udziału wniosek ITPOK o dopuszczenie został ponownie sklasyfikowany na trzecim miejscu i ITPOK został

ponownie zaproszony do dialogu konkurencyjnego. Spełnianie przez ITPOK warunków udziału w postępowaniu było następnie przedmiotem kolejnego postępowania odwoławczego przed KIO. Odwołanie wykonawcy Czysta Energia Gdańsk sp. z o.o. skierowane przeciwko wnioskowi ITPOK zostało jednak oddalone / wyrok z 15.07.2015 r., sygn. akt KIO 1022/15 i KIO 1026/15/. Wyroku KIO nie zaskarżono i stał się on prawomocny.

4.5 Tym samym proces oceny spełniania przez ITPOK warunków udziału w postępowaniu został definitywnie zakończony. Przypomnieć należy, że do postępowania stosuje się przepisy Pzp. w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw / art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw/. Przepisy we wcześniejszym brzmieniu, w odróżnieniu od znowelizowanych, nie przyznawały zamawiającym prawa wykluczania wykonawców na każdym etapie postępowania (obecny art. 24 ust. 12 Pzp.). Nie przyznawały one zamawiającym również prawa wzywania wykonawców do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów, w przypadku zajścia wątpliwości, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne (obecny art. 26 ust. 2f Pzp.). Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp. poprzez niewykluczenie ITPOK, który jakoby nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest chybiony i nie ma jakichkolwiek podstaw.

4.6 Nawet gdyby uznać, wbrew prawu, że Zamawiający miał obowiązek dokonać ponownej oceny spełniania przez ITPOK warunków udziału w postępowaniu, argumenty Odwołującego i tak nie mogą się utrzymać. Przede wszystkim, wbrew twierdzeniom Odwołującego, ITPOK nie zmienił wniosku o dopuszczenie ITPOK do udziału w postępowaniu /pkt 3.41 odwołania/. W szczególności taką zmianą nie był - złożony na zaproszenie Zamawiającego do złożenia oferty - wypełniony formularz oświadczenia dotyczący podwykonawstwa. Wskazuje on jedynie zakres prac, który ITPOK powierzy podwykonawcom, tj. EEW Energy from Waste GmbH ("EEW GmbH") oraz EEW Energy from Waste Polska sp. z o.o. ("EEW Polska").

4.7 Odwołujący stara się stworzyć wrażenie (pkt 3.14 oraz 3.15 odwołania - s. 17), że składając powyższy formularz, ITPOK w jakiś sposób zmienił dokumenty złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie. Zdaniem Odwołującego treść formularza wskazuje, że Usługi ITPOK zamierza powierzyć EEW Polska, a podmiot ten "nie posiada wymaganego doświadczenia i na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu został celowo usunięty" /pkt 3.15 odwołania/. Twierdzenia te są jednak całkowicie nieprawdziwe, ponieważ EEW Polska nie została "usunięta" z postępowania, a ITPOK nie "zrezygnował" z udziału w Postępowaniu wskutek uzupełnienia dokumentów (pkt 3.15 odwołania) /pkt 3.14 odwołania/. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z 18 listopada 2014 r. do uzupełnienia dokumentów wykazujących, że ITPOK będzie dysponował zasobami EEW

GmbH (w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia), ITPOK wyjaśnił, że z umów zawartych między EEW GmbH a spółkami zależnymi EEW GmbH wynika, że podmiotem uprawnionym do korzystania z zasobów spółek zależnych EEW GmbH jest ITPOK. Sposób oraz zakres udostępnienia zasobów przez spółki zależne EEW GmbH na rzecz ITPOK uregulowano w porozumieniu między EEW GmbH a ITPOK. Porozumienie zawarte między EEW GmbH, EEW Polska oraz ITPOK obowiązywało jednak nadal (i dalej obowiązuje tak samo, jak na wcześniejszych etapach postępowania). EEW GmbH na mocy tego porozumienia zobowiązał się na każde pisemne żądanie niezwłocznie udostępnić EEW Polska cały potencjał techniczny, wiedzę i doświadczenie związane z realizacją zamówień wskazanych w wykazie stanowiącym załącznik do porozumienia, w tym osoby posiadające stosowną wiedzę i umiejętności. EEW Polska uprawniona jest na mocy tego porozumienia do wykorzystania udostępnionych zasobów w pełnym zakresie, według uznania EEW Polska oraz uprawniona jest udostępnić te zasoby ITPOK. Oznacza to, że EEW Polska będzie posiadać zasoby konieczne do wykonania, jako podwykonawca, prac zleconych mu przez ITPOK.

4.8 W pkt 3.27 oraz pkt 3.28 odwołania Odwołujący stwierdza, że oferta ITPOK powinna zostać odrzucona, ponieważ EEW Polska nie udostępnia ITPOK zasobów, a jeżeli tak, to nie może być podwykonawcą. Tym samym jedynym podwykonawcą ITPOK w zakresie całości zadań powinno zostać EEW GmbH. Jak zostało powiedziane wyżej, teza o tym, że EEW Polska przestało być zobowiązane do udostępniania zasobów ITPOK jest błędna, jako że porozumienie zobowiązujące EEW Polska do udostępnienia pozostaje w mocy, a EEW Polska posiada niezbędne zasoby za sprawą udzielenia ich przez podmioty z grupy EEW. Jest to kolejne nieprawdziwe twierdzenie leżące u podstaw zarzutu objętego pkt 3 odwołania.

4.9 Odwołujący utożsamia w Odwołaniu pojęcia "podwykonawstwa" i "polegania na zasobach podmiotów trzecich", utrzymując, że podmiot trzeci, na którego zasobach polega ITPOK, powinien być wskazany w ofercie jako podwykonawca (wynika z tego twierdzenia, że EEW Polska, ponieważ nie jest już rzekomo podmiotem udostępniającym zasoby, nie może być podwykonawcą ITPOK w zakresie Usług). Stanowisko takie jest błędne i nie ma żadnego poparcia w orzecznictwie sądów powszechnych (w tym SO w Gdańsku, który już orzekał w tej sprawie w Postępowaniu), orzecznictwie KIO, ani doktrynie prawa zamówień publicznych. W stanie prawnym, który znajduje zastosowanie do Postępowania, nie budzi wątpliwości, że nie jest wymagana tożsamość między podwykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby.

4.10 Przywołał wyroku z 25.07.2011 roku SO w Gdańsku, sygn. akt XII Ga 315/11. Podobnie SO w Warszawie w wyroku z 10.05.2013 r., sygn. akt V Ca 243/13. Wreszcie, w wyroku SO w Gdańsku, uchylającym decyzję KIO o wykluczeniu ITPOK z postępowania (pkt 4.8.2

powyżej).

4.11 Również orzecznictwo KIO nie potwierdza konieczności powoływania się na stosunek podwykonawstwa w zobowiązaniach o udostępnieniu zasobów, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. Zarówno w orzeczeniach KIO, które zapadły na kanwie postępowań, w których zamawiający zażądali od wykonawców, tak jak w niniejszym postępowaniu, dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 6 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) ("Rozporządzenie"), jak i w orzeczeniach KIO sprzed wejścia w życie Rozporządzenia, KIO przyjmował, iż przepisy Pzp. nie wymagają od wykonawców potwierdzenia zaangażowania podmiotów udostępniających zasoby jako podwykonawców /Przykładowo, w wyroku z 14.04.2014 r., sygn. akt: KIO 564/14) KIO stwierdziła, że ani przepisy Pzp, ani też przepisy Rozporządzenia nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. Zdaniem KIO "bez wątpienia, wykorzystanie potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa w sposób najbardziej pełny wskazuje na realne użycie potencjału podmiotu trzeciego, nie może być ona jednak traktowana jako bezwzględnie obowiązująca. Oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia, czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia, należy dokonać indywidualnie w przypadku każdego postępowania. Zob. również wyrok z 26 września 2013 r. w sprawie KIO 2182/13/. Tym samym, nawet jeżeli EEW GmbH nie byłoby podwykonawcą ITPOK w zakresie Usług, nie ma przeszkód, aby EEW GmbH udostępniało ITPOK zasoby niezbędne do realizacji Usług. W wyroku z 20 lutego 2014 r. (KIO 212/14)/. Co więcej, w wielu wyrokach KIO podkreśla, że doświadczenie podmiotu trzeciego na etapie wykonywania zamówienia może być udostępniane w formie doradztwa czy konsultacji /przykładowo wyrok z 06.06.2013 r. w sprawie KIO 1201/13. Por. również J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2014, komentarz do art. 26 Pzp., Nb 10 (wersja elektroniczna)/. Powyższe prowadzi do wniosku, że orzecznictwo KIO wypracowało pogląd, iż w razie powołania się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu, podmiot ten powinien wziąć udział w wykonaniu zamówienia. Niemniej jednak udział tego innego podmiotu w wykonaniu zamówienia nie musi polegać wyłącznie na podwykonawstwie, lecz może nastąpić w każdej dozwolonej przez prawo formie /wyrok KIO z 13.03.2014 r. w sprawie KIO 400/14 oraz powołane w nim orzecznictwo: wyrok KIO z 09.07.2010 r. w sprawie KIO 1265/10, wyrok KIO z 26.07.2010 r. w sprawie KIO 1452, 53, 54/10 oraz wyrok KIO z 10.01.2011 r. w sprawie KIO 2790/10/.

4.12 W uzasadnieniu wyroku w sprawie KIO/UZP 1265/10 KIO trafnie zwróciła uwagę, że

ustawodawca w art. 26 ust. 2b Pzp. nie posłużył się wprost określeniem "podwykonawca przy realizacji zamówienia", tylko "uczestniczyć przy realizacji zamówienia", co jest pojęciem szerszym, obejmującym również uczestnictwo przy realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, ale nie wyłącznie w tym charakterze. Ponadto art. 26 ust. 2b Pzp. nie posługuje się wprost określeniem "podwykonawca", tylko wyrażeniem "innych podmiotów" oraz "na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia", podczas gdy art. 36 ust. 4 Pzp wprost odwołuje się do pojęcia "podwykonawca" / W ocenie KIO wykładnia systemowa art. 26 ust. 2b oraz art. 36 ust. 4 Pzp. wskazuje, że ustawodawca świadomie korzysta z różnorodnej terminologii i w art. 26 ust. 2b Pzp. nie używa określenia "podwykonawca". Dzięki temu wykonawca otrzymuje większą możliwość wykorzystania zasobów innych podmiotów, w tym także odnoszących się do wiedzy i doświadczenia. Ponadto por. wyrok KIO z 09.06.2010 r. w sprawie KIO/UZP 1026/10. Zob. również J. E. Nowicki, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz., W-wa 2014, komentarz do art. 26 Pzp., pkt 11 (wersja elektroniczna)/.

4.13 Również w doktrynie prawa zamówień publicznych przyjmuje się, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów, w tym potencjału technicznego, wiedzy i doświadczenia może wynikać z różnych stosunków prawnych. Nie są zastrzeżone żadne szczególne wymogi prawne co do takiego zobowiązania i podstawy jego istnienia / Zob. przykładowo S. Babiaryz, Komentarz do art. 26 [w:] S. Babiaryz, Z. Czarnik, P. Janda, P., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W-wa 2013, pkt 5 (wersja elektroniczna)/. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów przedłożone w postępowaniu przez samego Odwołującego również przewidywało poleganie na zasobach podmiotów innych niż wskazane jako podwykonawcy. Odwołujący nie wskazał wszak umowy o podwykonawstwo jako jedyne dopuszczalne stosunku, jaki powinien łączyć partnera prywatnego z innym podmiotem: *"[s]zczegółowe warunki korzystania z Zasobów zostaną określone przez Strony w odrębnym Porozumieniu Wykonawczym o doradztwo"*.

4.14 Wreszcie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostaje rozstrzygnięcie TSUE w sprawie C-387/14, Esaprojekt. Sprawa ta dotyczyła bowiem przetargu nieograniczonego, a sąd odsyłający (KIO) dążył w niej do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał zamawiającemu, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa w sprawie zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia/ pkt 34 wyroku Trybunału Sprawiedliwości/. Zagadnienie to nie ma znaczenia

dla niniejszej sprawy, ponieważ ITPOK nie przekazywał Zamawiającemu żadnych dodatkowych dokumentów celem wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

4.15 W odniesieniu do wywodów TSUE dotyczących "realności" zasobów, po raz kolejny należy przypomnieć, że kwestia ta była już przedmiotem orzekania w niniejszym Postępowaniu przez SO w Gdańsku oraz KIO, które potwierdziły, że ITPOK będzie mógł "realnie" korzystać z udostępnionych zasobów.

4.16 Z tych samych względów, co wskazane powyżej, nie może się również ostać zarzut rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp. poprzez niewykluczenie z Postępowania ITPOK z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania. Odwołujący zresztą w żadnym miejscu Odwołania nie określił, na czym miałyby polegać rzekome złożenie nieprawdziwych informacji przez ITPOK i jakie to miałyby być informacje.

#### ZARZUT NIEOSIĄGNIĘCIA KRYTERIUM EFEKTYWNOŚCI ENERGETYCZNEJ R 1

5.1 W punkcie II.5 petitum Odwołania (s. 2) Odwołujący zarzucił ZUT: *"zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta ITPOK jest niezgodna z SIWZ (...) ponieważ zaoferowane przez ITPOK rozwiązania dotyczące instalacji nie pozwalają na prowadzenie procesu termicznego przekształcania odpadów, w celu odzysku energii w sposób zapewniający uznanie procesu za proces odzysku R 1 w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, tak aby efektywność energetyczna instalacji osiągnęła kryterium kwalifikujące termiczne przetwarzanie odpadów komunalnych jako proces odzysku R1"*

5.2 Zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie przez KIO.

5.3 Odwołujący wywodzi zarzut z analizy danych zawartych przez ITPOK w Zał. 3 Formularza Ofertowego ("Załącznik 3"). Należy jednak wskazać, iż w Zał. 3, ITPOK nie podawał jakichkolwiek danych mogących służyć za podstawę do wyliczenia wskaźnika efektywności energetycznej R 1. ITPOK, kierując się instrukcjami z Formularza Ofertowego, podał w Zał. 3 minimalne gwarantowane dane wyjściowe dla mocy turbiny w poszczególnych scenariuszach wytwarzania energii określonych przez ZUT w SIWZ. Z SIWZ nie wynika, aby dane podawane w Załączniku 3 miały służyć ocenie spełniania wymogów procesu odzysku R 1 w ZTPO. Tym samym dane z Zał. 3 nie mają jakiegokolwiek znaczenia dla analizy możliwości osiągnięcia przez ZTPO parametrów procesu odzysku R 1. Przytoczone przez Odwołującego dane zawarte w Zał. 3 służyły wyłącznie ocenie i porównaniu ofert pod kątem podkryteriów 2.2 i 2.3 w sposób wskazany przez Zamawiającego (agregacja według wag zgodnych z referencyjnym czasem pracy).

5.4 Odwołujący w pkt 4.19 Odwołania przedstawił elementy tabeli stanowiącej Zał. 3 do oferty ITPOK. Odwołujący samodzielnie sporządził jednak kolumnę opisaną jako "uzyskana efektywność energetyczna R 1". W tej kolumnie Odwołujący umieścił wartości liczbowe zaznaczając kolorem wartości mniejsze od 0,65. Dane zaprezentowane w tej kolumnie nie

mają jednak jakiegokolwiek związku z charakterystyką procesu odzysku R 1 z tego względu, że Odwołujący nie posłużył się przy ich wyliczeniu formułą matematyczną wskazaną w załączniku nr 1 do ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Bez znajomości szczegółowego opisu procesu przetwarzania, a także zastosowanych technologii oraz urządzeń nie było bowiem możliwe określenie wszystkich składowych formuły, w szczególności ilości energii wprowadzanej z zewnątrz do instalacji ze spalania paliwa (oznaczonej we wzorze jako  $E_f$ ) oraz z innych źródeł (oznaczonej jako  $E_i$ ). Odwołujący nie mógł zaś mieć dostępu do tych informacji, gdyż zostaną one ustalone dopiero na poziomie projektowania. Jedynie opisana w ustawie formuła może służyć (sprawdzeniu poziomu efektywności energetycznej w rozumieniu definicji ustawowej i tego pojęcia. Wynik obliczeń Odwołującego na to nie pozwala. W tym kontekście (warto dodać, że wielkości wskazane przez ITPOK w Załączniku 3 określają (minimalną zapewnioną moc turbiny. W przypadku ZTPO, biorąc pod uwagę turbinę, którą planuje wykorzystać ITPOK, dane, które będą w przyszłości faktycznie brane pod uwagę na potrzeby oceny spełniania wymogów procesu odzysku R 1 będą inne (wyższe), niż wartości podane w Załączniku 3.

5.5 Wyliczenia Odwołującego nie respektują również zasady, że efektywność energetyczną przyjmuje się dla okresu jednorocznego, a nie dla pewnej chwili. Odwołujący wskazuje w punkcie 4.12 Odwołania, iż definicja procesu odzysku R 1 odnosi się do wartości rocznych. Jest to trafna konkluzja, której Odwołujący jednak nie respektuje /Konkluzja ta wynika z przepisów Załącznika nr 1 do ustawy o odpadach, który stanowi dosłowne powtórzenie treści załącznika nr 2 do Dyrektywy 2008/98/WE w z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającej niektóre dyrektywy ("Dyrektywa 2008/98"). Wszystkie wskazane w tych aktach prawnych zmienne służące do wyznaczania efektywności energetycznej danej instalacji są wartościami zagregowanymi odnoszącymi się do całości pracy instalacji w okresie całego roku/ . Tymczasem w pkt 4.3 Wytycznych Komisji Europejskiej z czerwca 2011 r. wskazuje się jednoznacznie, iż wstępna kwalifikacja procesów w nowych instalacjach jako procesów odzysku R 1 dokonywana na podstawie specyfikacji konstrukcyjnej, zaś ostateczne potwierdzenie tej kwalifikacji następuje dopiero na podstawie rzeczywistych danych z pierwszego pełnego roku faktycznego funkcjonowania danej instalacji. Teoretyczny model służący ocenie zagadnienia efektywności powinien zatem przyjmować referencyjną liczbę godzin, w jakich instalacja będzie pracować przy ustalonym poziomie energii zawartej w odpadach oraz mocy cieplnej oraz elektrycznej. Nie wiadomo, na jakich referencyjnych danych czasowych oparł swe obliczenia Odwołujący. Aby te dane mogły służyć ocenie ofert, powinny zostać wcześniej wskazane przez Zamawiającego. Tak się nie stało. Tym samym Odwołujący prowadzi ocenę oferty ITPOK na podstawie swojego modelu matematycznego, a nie modelu wprowadzonego przez ZUT znanego ITPOK w dniu składania ofert.

5.6 Jeżeli kwalifikacji procesów w nowych instalacjach jako procesów odzysku R 1 dokonuje się ostatecznie dopiero po ich wybudowaniu, nie ma żadnego uzasadnienia dla prowadzenia zaproponowanego przez Odwołującego sporu, czy ten współczynnik zapewni instalacja, która w chwili obecnej nie jest jeszcze zaplanowana. Stawianie tej kwestii przez Odwołującego jest de facto próbą zasugerowania, że ITPOK nie ma wiedzy jak zaprojektować ZTPO tak, aby była ona w stanie spełnić wymogi przewidziane dla procesu odzysku R 1. Jest to więc zakamuflowany sposób na podniesienie zarzutu, że ITPOK nie spełnia kryteriów udziału w Postępowaniu. Ta kwestia podlegała już jednak w postępowaniu definitywnej ocenie prawnej. Etap oceny ofert w postępowaniu, zgodnie z przepisami mającymi zastosowanie do postępowania, nie służy rozstrzygnięciu kwestii zdolności ITPOK do realizacji zamówienia. Nie ulega przy tym żadnej wątpliwości, że ITPOK ma dostęp do wiedzy koniecznej do zaprojektowania i wybudowania ZTPO i będzie w stanie spełnić wymogi Zamawiającego. Zostało to potwierdzone wprost wyrokiem SO w Gdańsku z dnia 27 kwietnia 2015 r., sygn. akt XII Ga 108/15.

5.7 Podkreślił, że poprawne wyliczenie wskaźnika R 1 dla ZTPO przez Odwołującego wymagałoby dostępu do danych technicznych ITPOK, których Odwołujący nie zna, gdyż nie jest mu znana konfiguracja instalacji ITPOK. Matematyczne przekształcenie danych z Załącznika 3 zostało zatem dokonane przez Odwołującego z zastosowaniem wartości hipotetycznych. Wywiedziona stąd hipotetyczna konkluzja techniczna, że ZTPO planowane przez ITPOK nie będzie w stanie prowadzić procesu odzysku RI jest więc całkowicie dowolna. Omawiany zarzut jest zarzutem pozornym, który dodatkowo nie może zostać udowodniony przez Odwołującego /Omawiany zarzut jest konstruowany przez Odwołującego w ten sposób, iż wybrał on dane podawane przez ITPOK w jednym z załączników Formularza, uzupełnił je o własne hipotetyczne dane (których ITPOK nigdzie nie podawał w ofercie) i wykorzystał tę kombinację do zaprezentowania wniosków, które w sposób oczywisty dotyczą zagadnień, których ITPOK nie zamierzał rozstrzygać wypełniając Załącznik 3/.

5.8 Błędne są również twierdzenia Odwołującego (pkt 4.12 odwołania), jakoby "instalacja powinna osiągać efektywność energetyczną na poziomie 0,65 w każdym trybie pracy i w każdym czasie". Swoje twierdzenie Odwołujący opiera na zawartej w punkcie 4.13 Odwołania błędnej wykładni pktu. 2.1.3 podpkt 8 Załącznika nr 3 do Wymagań Zamawiającego - Program Funkcjonalno-Użytkowy ("PFU") stanowiącego, iż "instalacja powinna mieć możliwość pracy zarówno w trybie maksymalnej produkcji ciepła, bez tej produkcji oraz we wszystkich stanach pośrednich (...)". Postanowienie to dotyczy jedynie wymogu prowadzenia w ZTPO procesu termicznego przekształcania odpadów i produkcji energii elektrycznej niezależnie od poziomu produkcji ciepła (w tym bez jego produkcji). Niczego więcej nie da się w tym postanowieniu "wyczytać". W żaden sposób nie odnosi się

ono do parametrów produkcji energii w którymkolwiek z tych stanów /W art. 10.9.2 Warunków Umownych została określona pożądana charakterystyka procesu termicznego: przetwarzania i ograniczył zobowiązanie wykonawcy w tym zakresie do uczynienia zadość wymogom dla: procesu odzysku R 1 zawartych w ustawie o odpadach. Poza tym doświadczenia wynikające z eksploatacji rozmaitych instalacji Grupy EEW dowodzą, że kryterium R 1 pomimo planowania KWK można osiągnąć również przy rzeczywiście niedostatecznej sprzedaży ciepła (np. w przypadku braku zawarcia umowy z dystrybutorem ciepła) już tylko za pomocą pełnej produkcji energii. Wywody odwołującego odnoszące się do tej kwestii nie mają w związku z tym żadnej wiarygodności./.

5.9 W celu wstępnego rozstrzygnięcia o kwalifikacji danego procesu jako procesu odzysku R 1 konieczne jest przeanalizowanie dokumentacji projektowej. Z oczywistych względów Odwołujący nie zna tej dokumentacji, ponieważ na tym etapie nie została ona jeszcze przygotowana przez ITPOK. Dopiero na podstawie szczegółowego projektu, który zostanie przygotowany po rozpoczęciu wykonywania Umowy o PPP i zawartych tam informacji będzie możliwe dokonanie odpowiednich prognoz. Na ich podstawie, dojdzie do wstępnej kontroli spełnienia kryterium efektywności energetycznej. Podkreślał to również Zamawiający w wielu odpowiedziach na pytania do SIWZ. Przykładowo w odpowiedzi na pytanie nr [18].

5.10 ITPOK pragnie podkreślić, że maksymalna moc, którą będzie miała turbina zamontowana w ZTPO będzie wyższa niż wielkości podane w Załączniku 3. Dotyczy to również przypadku, gdy turbina będzie pracować w warunkach braku produkcji ciepła. Pozostałe przypadki, które Odwołujący wskazuje w Odwołaniu jako przypadki niezyskania współczynnika R 1 są już wynikiem dowolnej interpretacji i kalkulacji Odwołującego i nie ma sensu z nimi polemizować, bo jak zostało wskazane powyżej wynik matematyczny zaprezentowany przez Odwołującego jest wynikiem dowolnego dobrania przez niego składowych.

5.11 Bezzasadne jest także twierdzenie Odwołującego zawarte w pkt 4.20 (s. 36) Odwołania, jakoby instalacja ITPOK stwarzała ryzyko braku uzyskania pozwolenia zintegrowanego. Odwołujący nie przedstawia i nie ma dostępu do jakichkolwiek danych, które mogłyby uprawniać go do formułowania wniosków w tym przedmiocie. ITPOK wskazuje, że podmioty z grupy EEW zaprojektowały i wybudowały podobną do oferowanej instalację w Luksemburgu, w której było przewidywane wytwarzanie ciepła, ale faktycznie się go nie wytwarza. Instalacja ta spełnia w sposób nieograniczony kryterium R 1.

#### ZARZUT NIEZGODNOŚCI OFERTY ITPOK Z SIWZ Z UWAGI NA NIEUWZGLĘDNIENIE W OPŁACIE GŁÓWNEJ WSZYSTKICH KOSZTÓW

6.1 Odwołujący podnosi w punkcie 5 Odwołania (s. 37) zarzut zaniechania odrzucenia oferty ITPOK, pomimo że jest ona niezgodna z SIWZ z uwagi na nieuwzględnienie w Opłacie Głównej ( $O_r$ ) w ramach składnika  $OS_1$  wszystkich kosztów stałych związanych z realizacją

przedsięwzięcia oraz niewycenienie pozycji  $OP_1$  i  $OT_1$  w załączniku nr 2 do formularza oferty ITPOK.

6.2 Zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie przez KIO.

6.3 W pkt 2.2 załącznika nr 2 do Warunków Umownych - Mechanizm Wynagradzania Wykonawcy w Okresie Obsługi ("Mechanizm Wynagradzania") ZUT tak zdefiniował miesięczną opłatę główną  $O_{r,m}$ : "Opłata obejmuje wszelkie koszty stałe ponoszone przez Wykonawcę w Okresie Obsługi (niezależnie od masy odebranych od RIPOK i zagospodarowanych w Instalacji Odpadów Umownych)." W definicji opłaty głównej ZUT wskazał, że składają się na nią: (i)  $OT_1$  - opłata roczna za koszty ponoszone z tytułu transportu Odpadów Umownych, (ii)  $OP_1$  - opłata roczna za koszty ponoszone w z tytułu zagospodarowania pozostałości podprocesowych oraz (iii)  $OS_1$  - opłata roczna za pozostałe koszty stałe ponoszone inne niż  $OT_1$  i  $OP_1$ .

6.4 ZUT wskazał kategorie opłat, które tworzą opłatę główną, nie określił jednak konkretnych typów kosztów, które oferent musi uznać za koszty stałe i rozliczać w ramach opłaty głównej. W związku z tym, wyłącznie w gestii wykonawców leżało, czy dany koszt związany z usługami świadczonymi na rzecz Zamawiającego zakwalifikują na potrzeby sporządzenia oferty jako koszt objęty opłatą główną czy opłatą zmienną w rozumieniu SIWZ. ITPOK dokonał takiego zakwalifikowania na podstawie obiektywnych i konkretnych kryteriów. Wszelkie koszty niezależne od ilości przetwarzanych przez ZTPO Odpadów Umownych ITPOK uznał za koszty stałe. Jeżeli pewne koszty ITPOK identyfikował jako zmieniające się w zależności od ilości przetwarzanych odpadów alokował je do części zmiennej wynagrodzenia. Odwołujący alokował koszty według odmiennych reguł, do czego miał prawo. Nie czyni to jednak oferty ITPOK wadliwą.

6.5 Kategorycznie nie jest prawdą, że ITPOK nie objął swoją ofertą wskazanych w treści zarzutu kosztów (jak twierdzi Odwołujący w pkt 5.8 (s. 38) odwołania). Owe koszty nie będą przez ITPOK rozliczane w ramach opłaty stałej. Będą one natomiast pokrywane przez ZUT w ramach opłaty zmiennej i w niej zostały ujęte (patrz również wyjaśnienia w pkt 6.7 niniejszego pisma).

6.6 W pkt 5.4 odwołania (s. 37) Odwołujący wyjaśnia, jakie koszty powinny być uznawane za stałe i tym samym objęte opłatą główną. Jest to jednak wyłącznie prezentacja pewnego konceptu przyjętego przez Odwołującego, który nie jest uniwersalny. SIWZ nie przewiduje i nie narzuca bowiem takiej metody podziału kosztów jaką opisuje Odwołujący (ani jakiegokolwiek innej). Podział kosztów między opłatę główną i opłatę zmienną mógł się zatem dokonać na podstawie modelu wypracowanego indywidualnie przez każdego z oferentów. Opis kosztów stałych zaprezentowany przez Odwołującego, określający pewne typy kosztów jako koszty, które powinny być zawsze uznawane za stałe, jak również uwaga, jaki procent kosztów eksploatacji powinny tworzyć koszty stałe (50%), nie mają nic wspólnego

z doświadczeniami grupy EEW nabytymi w związku z budową i eksploatacją 18 spalarni. Oznacza to, że w praktyce nie da się wydedukować istnienia takich reguł, na których rzekome istnienie powołuje się Odwołujący. ITPOK formułuje powyższą ocenę jako podmiot należący do grupy EEW, która wybudowała i operuje większą liczbą spalarni niż Odwołujący. Potwierdza to, że koszty funkcjonowania instalacji, i czyjej trwałość różnią się w zależności od użytych technologii, a więc od tego, kto ją projektuje i buduje.

6.7 W pkt 5.7 (s. 38) odwołania Odwołujący zarzuca ITPOK, że ITPOK nie ujął kosztów bieżącej konserwacji i renowacji ZTPO w opłacie głównej, czego wymagał SIWZ. Odwołujący nie wskazał jednak postanowienia SIWZ, który wprowadzał taki wymóg.

6.8 W pkt 5.7 (s. 38) odwołania Odwołujący wskazuje także, iż istnieje uniwersalny, taki sam dla każdej instalacji przetwarzania odpadów, związek między ilością zutylizowanych odpadów a kwotą, która musi zostać przeznaczona na jej konserwację i renowację. ITPOK nie zgadza się z tym twierdzeniem i wyjaśnia, że stosunek kosztów konserwacji/renowacji instalacji do ilości zutylizowanych w niej odpadów jest w przypadku każdej instalacji inny (wyjątkowy dla każdej instalacji) i jest pochodną użytych w toku jej budowy technologii, rozwiązań i urządzeń.

6.9 ITPOK posłużył się rozwiązaniem zakładającym uwzględnienie kosztów konserwacji w opłacie zmiennej. Takie rozwiązanie prowadzi do tego, że w przypadku zmiennego obciążenia ZTPO Odpadami Umownymi, Zamawiający będzie ponosił jedynie realne koszty eksploatacji ZTPO. Przy zastosowaniu rozwiązania proponowanego przez Odwołującego, ZUT musiałby ponosić w opłacie stałej koszty, które realnie nie byłby generowane w ZTPO. W opinii ITPOK, rozwiązanie zaproponowane przez ITPOK, realizuje postulat sprawiedliwego podziału ryzyka i lepiej służy realizacji idei partnerstwa.

6.10 Odwołujący nie wykazał, dlaczego jego zdaniem istnieje związek między przyjętą przez ZUT zasadą indeksacji a konkluzją, że wymienione w pkt 5.4 odwołania (s. 37) rodzaje kosztów (koszty konserwacji i renowacji) stanowią kategorię kosztów stałych. Zatem to twierdzenie nie zostało w żaden sposób udowodnione.

6.11 W pkt 5.15 odwołania (s. 39), Odwołujący wskazuje, że między pozycjami załączników do oferty ITPOK zachodzą sprzeczności. Mają one polegać na tym, że okres techniczny użytkowania z załącznika Tabela Elementów Scalonych - Środki Trwałe nie odpowiada planowanej dacie wymiany danego elementu wskazanej w załączniku Fundusz Odtworzeniowy. Odwołujący nie wyjaśnia, jak doszedł do takich konkluzji. Analiza obu tych załączników prowadzi do wniosku, że okres techniczny użytkowania elementów, o których mowa w poz. 5, 12, 29, 102, 104 i 114 załącznika Tabela Elementów Scalonych - Środki Trwałe został prawidłowo odzwierciedlony w załączniku Fundusz Odtworzeniowy (w którym te same podane przez ZUT pozycje są opisane pod innymi pozycjami, tj. odpowiednio - 5, 7, 58, 60 i 69). Przyjmując, za SIWZ, że pierwszym rokiem obsługi instalacji będzie rok 2021,

wszystkie obliczenia dokonane w ofercie ITPOK są prawidłowe. Tym samym zarzut z pkt 5.15 odwołania (s. 39) jest pozbawiony podstaw.

6.12 W pkt 5.16 odwołania (s. 39) Odwołujący twierdzi, że z powodu niepodania przez ITPOK wartości w niektórych pozycjach załącznika Tabela Elementów Scalonych - Środki Trwałe, oferta ITPOK jest niezgodna z SIWZ. ZUT jednak w żadnym z postanowień SIWZ nie wskazał, że załącznik Tabela Elementów Scalonych - Środki Trwałe musi zostać wypełniony w całości. Zamawiający przyznał oferentom swobodę do przyporządkowania wspomnianych elementów do innych środków trwałych, na co jednoznacznie wskazuje odpowiedź na pytanie nr 476 do SIWZ, gdzie ZUT stwierdza, że: "Wykonawca ma prawo uzupełniania zakładki „Tabela Elementów Scalonych - Środki Trwałe ” stosownie do potrzeb Wykonawcy w zakresie: listy środków trwałych (kolumna F arkusza „2\_TES\_ŚT”)".

6.13 Przywołał wyroku KIO z 14.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2903/12. Skoro ZUT nie określił w SIWZ tego, w jaki sposób ww. załącznik ma zostać wypełniony, oraz w odpowiedzi na pytanie nr 476 do SIWZ dał wykonawcom swobodę jego wypełnienia, to oferta ITPOK również i w tym zakresie jest zgodna z SIWZ.

#### ZARZUT DOKONANIA MANIPULACJI CENĄ W ZAKRESIE OPŁATY GŁÓWNEJ I PODEJMOWANIA CZYNNOŚCI ZMIERZAJĄCYCH DO SZTUCZNEGO ZANIŻENIA ELEMENTU WYNAGRODZENIA

7.1 W pkt 6 odwołania (s. 40) Odwołujący zarzuca zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK, której złożenie miało stanowić czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, iż ITPOK dokonał manipulacji ceną w zakresie opłaty głównej, co miało doprowadzić do sztucznego zaniżenia elementu wynagrodzenia ITPOK będącego przedmiotem oceny oferty w ramach Podkryterium 3.1 (wysokość stałej opłaty głównej w pierwszym roku Obsługi), a w konsekwencji do wyboru oferty droższej niż oferta Odwołującego.

7.2 Zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie przez KIO.

7.3 W szczególności Odwołujący nie uzasadnił twierdzenia, że działania zarzucane ITPOK w punkcie 6 Odwołania są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.

7.4 Nie mogą za sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zostać uznane działania oferenta w ramach swobody w przygotowaniu oferty wprost przyznanej mu przez Zamawiającego. Zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez ITPOK jest nieumotywowany i z tego powodu wydaje się być dokonany w złej wierze.

7.5 Odwołujący twierdzi w pkt 6.3 odwołania (s. 41), że ITPOK dokonał manipulacji ceną, ponieważ nie uwzględnił wszystkich kosztów stałych związanych z realizacją Przedsięwzięcia, co było wymagane przez Zamawiającego zgodnie z Mechanizmem Wynagradzania oraz nie wypełnił (nie wycenił) pozostałych pozycji wchodzących w skład opłaty głównej, tj. opłaty stałej za transport odpadów oraz opłaty stałej za zagospodarowanie odpadów poprocesowych. Sformułowania te są nieprawdzie, ale nawet gdyby okazały się

prawdziwe, to nie stanowią przypadku czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

7.6 ITPOK uwzględnił wszystkie koszty stałe związane z realizacją Przedsięwzięcia i wypełnił pozycje dotyczące opłaty stałej za transport odpadów oraz opłaty stałej za zagospodarowanie odpadów poprocesowych. ITPOK wycenił te pozycje na poziomie 0,00 zł (taki efekt, zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 1 do Formularza Ofertowego, dawało wstawienie w odpowiednie rubryki w Formularzu Ofertowym myślników). Wyceny tych pozycji na poziomie 0,00 zł nie zakazywało żadne postanowienie SIWZ.

7.7 Każdy z oferentów (a więc również Odwołujący) mógł swobodnie decydować o kształcie swojej oferty i miał możliwość skalkulowania wynagrodzenia w taki sposób, jaki uznawał za akceptowalny, biorąc pod uwagę gotowość do przejścia ryzyk ekonomicznych związanych z realizacją Przedsięwzięcia. Każdy z oferentów mógł więc alokować większą część wynagrodzenia do opłaty zmiennej, a nie opłaty stałej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego takie działanie jest normalną praktyką rynkową i jest zgodne z orzecznictwem KIO /przykładowo wyrok KIO z 04.09.2014 r., KIO 1641/14 i KIO 1651/14/. Zdaniem KIO, tego rodzaju działanie nie tylko nie uzasadnia twierdzenia o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp., ale "może jedynie potwierdzać konkurencyjność ofert, co pozostaje w zgodzie z art. 7 ustawy P.z.p." /wyrok KIO z 18.02.2013 r., KIO 240/13/.

7.8 Wbrew twierdzeniom Odwołującego ITPOK uwzględnił koszty transportu odpadów oraz koszty zagospodarowania odpadów poprocesowych na poziomie wyższym niż 0,00 zł, ale uczynił to w ramach opłaty zmiennej, a nie stałej.

Podejście przyjęte przez ITPOK, przewidujące rozliczanie kosztów transportu odpadów oraz kosztów zagospodarowania odpadów poprocesowych, w kosztach zmiennych, oznacza po prostu, że wynagrodzenie partnera prywatnego jest urealniane, a koszty związane z transportem odpadów będą poniesione przez ZUT tylko wtedy, gdy poniesie je sam partner prywatny. Z tego powodu zupełnie nerelevantne jest orzecznictwo KIO powoływane przez Odwołującego, które dotyczy odstępstw od prawidłowej kalkulacji cen, ale rozumianych jako brak powiązania tej kalkulacji z realnymi kosztami ponoszonymi przez oferenta. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przypadku oferty ITPOK, ponieważ koszty ponoszone przez ITPOK będą zwracane w ramach innej części składowej wynagrodzenia.

7.9 Koszty usług polegających na transporcie odpadów i zagospodarowaniu odpadów poprocesowych ITPOK alokował do kosztów o charakterze zmiennym, ponieważ ich wysokość pozostaje zawsze w bezpośrednim związku z ilością odbieranych odpadów umownych. Z perspektywy ZUT takie rozwiązanie jest korzystniejsze, ponieważ zmniejsza niekorzystne finansowo dla ZUT skutki niedostatecznej ilości odpadów dostarczanych do ZTPO (to ryzyko na podstawie Warunków Umownych przejął bowiem ZUT). Zgodnie z ofertą ITPOK, ZUT ma ponosić koszty transportu odpadów

i zagospodarowania odpadów poprocesowych tylko wtedy, gdy usługa przetwarzania odpadów faktycznie będzie świadczona (uzyskuje zatem znaczną korzyść w porównaniu ze scenariuszem, w którym musiałby te koszty rozliczać ryczałtowo w ramach opłaty stałej, czyli nawet wtedy, gdy ZTPO by nie pracowała). Odwołujący przyjął inne podejście niż ITPOK (zamierza rozliczać powyższe koszty w ramach opłaty stałej), co uzasadnione jest zapewne formą organizacyjną lub sytuacją finansową Odwołującego. Nie oznacza to jednak w żadnym przypadku, że podejście ITPOK stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czy przejaw manipulacji. Jest to po prostu przejaw modelu biznesowego stosowanego przez podmioty z grupy EEW, który zamierza również zastosować ITPOK.

7.10 Nie można zgodzić się z Odwołującym, że ITPOK celowo zaniżał pewne elementy swojego wynagrodzenia, aby były one niższe od analogicznych elementów wynagrodzenia Odwołującego. W chwili składania swojej oferty ITPOK nie wiedział nawet, że Odwołujący w ogóle złoży ofertę, a tym bardziej nie znał jej treści. Nie mógł więc działać z takim zamiarem, o jakim wspomina Odwołujący. Nie mógł też wiedzieć, czy Odwołujący nie jest przypadkiem gotów w swojej ofercie przyjąć tego samego podejścia biznesowo-organizacyjnego, które zastosował ITPOK.

#### ZARZUT NIEUWZGLĘDNIENIA FAKTYCZNYCH KOSZTÓW ZUŻYCIA ENERGII ELEKTRYCZNEJ ORAZ ZUŻYCIA WODY Z SIECI MIEJSKIEJ

8.1 Odwołujący podnosi w pkt 7 odwołania (s. 43) zarzut nieuwzględnienia przez ITPOK faktycznych kosztów zużycia energii elektrycznej oraz zużycia wody z sieci miejskiej co powoduje, że oferta ITPOK jest niezgodna z SIWZ, ponieważ koszty te należało uwzględnić zgodnie z punktem 2.4 Mechanizmu Wynagradzania.

8.2 Zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie przez KIO.

8.3 W pkt 7.1 odwołania (s. 43) Odwołujący stwierdza, że w ofercie Zamawiający nakazał oferentom uwzględniać w ramach opłaty ponoszonej za wodę oraz za energię elektryczną faktyczne koszty, które oferent spodziewa się ponieść w tym zakresie w związku z operowaniem ZTPO. Powyższe stwierdzenie jest błędne i wynika z nietrafnej interpretacji postanowień punktu 2.4 Mechanizmu Wynagradzania. Z treści tego punktu nie wynika, że przenoszone koszty zużycia wody oraz energii elektrycznej mają odpowiadać szacowanym faktycznym kosztom zużycia wody i energii elektrycznej w kolejnych latach. Punkt ten stanowi, że partner prywatny uzyska od ZUT zwrot kosztów zużycia wody i energii elektrycznej do wysokości limitów określonych w ofercie partnera prywatnego, pod warunkiem, że partner prywatny faktycznie poniesie te koszty w przyszłości /Z treści SIWZ, w tym w szczególności pkt. 2.4 Mechanizmu Wynagrodzenia nie wynika, aby oferent musiał wskazywać w ofercie oszacowane realne koszty eksploatacyjne ZTPO. W ofercie oferent miał jedynie wskazać kwotę kosztów, które chce przenieść na Zamawiającego, czyli

rozliczać w ramach kategorii tzw. kosztów przenoszonych przewidzianych przez postanowienia Mechanizmu Wynagrodzenia/. Tym samym, jeżeli hipotetycznie przyjąć, że ITPOK błędnie - zbyt nisko - wycenił koszty zużycia wody i energii elektrycznej przez ZTPO, nie stanowi to podstawy do twierdzenia, iż oferta i ITPOK jest niezgodna z prawem albo SIWZ i powinna zostać odrzucona. Błędne i oszacowanie kosztów przez partnera prywatnego w tych pozycjach nie stanowi naruszenia prawa lub postanowień SIWZ. Oznacza tylko tyle, że partner prywatny nie uzyska zwrotu kosztów, które faktycznie poniesie ponad limit (szacunek), który wskazał.

8.4 W pkt 7.2 odwołania (s. 43) Odwołujący wskazuje, że z jego analizy oferty ITPOK wynika, że w ZTPO wybudowanym przez ITPOK pobór wody dla celów przemysłowych odbywać się będzie ze źródła innego niż miejska sieć wodociągowa. Z sieci wodociągowej pobierana będzie jedynie woda dla celów socjalnych, na potrzeby bytowe pracowników instalacji. Dalej Odwołujący stwierdza, że będzie to skutkowało ryzykiem przerzucania dodatkowych kosztów związanych z zapewnieniem poboru wody na ZUT. Powyższe twierdzenie Odwołującego jest jednak całkowicie nieprawdziwe. Nie ma bowiem znaczenia z jakiego źródła będzie pochodzić woda wykorzystywana przez ITPOK (sieć wodociągowa, własne ujęcie, własne dostawy), ani jakie będą faktyczne koszty jej pozyskania przez ITPOK. ITPOK nie uzyska zwrotu tych kosztów od ZUT na podstawie rozliczeń przewidzianych w Mechanizmie Wynagrodzenia, jeżeli nie wskazał tych szacowanych kosztów w swojej ofercie. Twierdzenie Odwołującego, że istnieje ryzyko przerzucenia na ZUT przez ITPOK dodatkowych kosztów związanych z zapewnieniem poboru wody jest całkowicie błędne i nie znajduje potwierdzenia w postanowieniach SIWZ. Ewentualne nietrafne oszacowanie przez ITPOK wysokości kosztów pozyskania wody jest ryzykiem ekonomicznym ITPOK, ponieważ w przypadku ich niedoszacowania ITPOK nie otrzyma ich zwrotu w pełnej wysokości. Nie ma w SIWZ mechanizmu, który pozwalałby partnerowi prywatnemu żądać dodatkowego wynagrodzenia w przypadku nietrafnego obliczenia kosztów budowy oraz eksploatacji ZTPO.

8.5 W pkt 7.3 odwołania (str. 43), Odwołujący wskazuje, że zużycie energii wskazane przez ITPOK w ofercie jest nadzwyczaj niskie dla zakładów tego typu co ZTPO, *"co więcej pomija ono wysoką wartość kaloryczną spalanych odpadów, wymuszającą pracę szeregu wentylatorów i systemów wentylacyjnych. W efekcie w ofercie ITPOK dochodzi do zaniżenia kosztów energii elektrycznej przerzucanych na ZUT oraz zawyżenia projektowanych zysków ze sprzedaży wyprodukowanej energii. Co więcej średnie zużycie zostało określone na takim samym poziomie 13 152 MWh zarówno w przypadku wyliczeń dotyczących przetwarzania w pierwszych pięciu latach 120 000 ton rocznie, jak i 160 000 ton rocznie"*. Ponieważ powyższe twierdzenie Odwołującego sugeruje, jakoby ITPOK w sposób niestaranny ocenił poziom zużycia energii elektrycznej przez ZTPO, Przystępujący wyjaśnia, że brak wzrostu ilości zużywanej energii w związku z planowanym przez ZUT wzrostem

ilości dostarczanych do ZTPO odpadów od roku 2027 spowodowany jest faktem, że wentylatory i systemy powietrzne (będące najbardziej energochłonnymi urządzeniami w ZTPO, na co wskazuje sam Odwołujący) pobierają zbliżone ilości energii elektrycznej niezależnie od ilości przetwarzanych odpadów (stopień ich energochłonności w pomijalnym stopniu zależy od ilości przetwarzanych odpadów). Niskie poziomy zużycia energii w ZTPO będą, z kolei, efektem zastosowania technologii, którymi będzie mógł posługiwać się ITPOK za sprawą korzystania z zasobów grupy EEW.

#### ZARZUT NIEZGODNOŚCI OFERTY ITPOK Z SIWZ Z UWAGI NA ZASTOSOWANIE TURBINY NIEZGODNEJ Z SIWZ

9.1 Odwołujący podnosi w pkt 8 (str. 44) Odwołania zarzut niezgodności oferty ITPOK z SIWZ w zakresie przyjętych przez ITPOK rozwiązań technologicznych dotyczących turbiny, która ma zostać zastosowana w ZTPO.

9.2 Zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie przez KIO.

9.3 W pkt 8.1 (str. 44) odwołania, Odwołujący przytacza postanowienia SIWZ dotyczące turbiny parowej, która ma zostać zastosowana w ZTPO. W tym punkcie Odwołujący próbuje zasugerować, że ITPOK zamierza zainstalować w ZTPO turbinę inną niż turbina upustowo-kondensacyjna. Odwołujący, nie uzasadnia, dlaczego tak uważa. W odpowiedzi na powyższe ITPOK pragnie wskazać, iż powyższa sugestia Odwołującego jest błędna. ITPOK niniejszym jednoznacznie i stanowczo potwierdza, że planowana przez ITPOK do zamontowania w ZTPO turbina będzie turbiną upustowo-kondensacyjną.

9.4 W pkt 8.3 (str. 45) odwołania, Odwołujący twierdzi, że przeanalizował ofertę ITPOK i jego zdaniem: "krzywa mocy elektrycznej w stosunku do mocy grzewczej jest irracjonalnie płaska". W kolejnym punkcie Odwołujący stwierdza, że taka krzywa nie jest do osiągnięcia przez turbinę działającą w konfiguracji technicznej przewidzianej w SIWZ przez Zamawiającego. W związku z powyższym, w pkt 8.5 (str. 45) Odwołujący stwierdza, że z tego względu oferta ITPOK jest niezgodna z SIWZ.

9.5 Podkreślił, że zarzut Odwołującego nie jest poparty analizą techniczną, która wskazywałaby, jakie konkretne dane zawarte w ofercie ITPOK Odwołujący badał czy zestawiał ani dlaczego niemożliwe jest spełnienie wymogów SIWZ przy krzywej obliczonej przez Odwołującego.

9.6. Podkreślił, że od strony argumentacyjnej, czy dowodowej, powyższy zarzut jest sformułowany w sposób manipulacyjny. Odwołujący twierdzi, że (i) przeprowadził pewne wyliczenia (ale ich nie dokumentuje), (ii) że jego własne wyliczenia być może (Odwołujący wskazuje, że nie ma pewności, jakie rozwiązania techniczne chce zastosować ITPOK) wskazują, że ITPOK planuje zastosować pewne rozwiązania techniczne, a następnie (iii) wskazuje, że te rozwiązania są niezgodne z SIWZ. Odnosząc się do powyższego ITPOK wskazuje, że Odwołujący nie udowadnia swoich twierdzeń a jedynie snuje hipotezy i wyciąga

nieuzasadnione, groźnie brzmiące wnioski.

9.7 Ponieważ twierdzenia Odwołującego zawarte w tym zarzucie są całkowicie dowolne, a Odwołujący nie przeprowadza dla ich uzasadnienia dowodu, ITPOK nie widzi przestrzeni do podejmowania merytorycznej dyskusji na temat błędów w podejściu analitycznym Odwołującego. To strona, która podnosi zarzut musi udowodnić jego prawdziwość. Takiego dowodu dla poparcia zarzutu z punktu 8 Odwołania Odwołujący nie powołuje. Jedyne sposoby, w jaki ITPOK może odnieść się do powyższego zarzutu to stwierdzić, iż za sprawą udostępnienia mu zasobów przez podmioty z grupy EEW będzie on dysponował technologią w tym turbiną, która pozwoli na zastosowanie rozwiązań technicznych, które z jednej strony będą zgodne z wymaganiami SIWZ, a drugiej strony będą pozwalały na uzyskanie parametrów technicznych wskazanych przez ITPOK w ofercie.

9.8 Reasumując, zdaniem Odwołującego niemożliwe jest uzyskanie wskazanego przez ITPOK wysokiego poziomu produkcji energii elektrycznej przy jednoczesnym wysokim poziomie produkcji ciepła. Jest to twierdzenie nieprawdziwe, ponieważ technologia, której zastosowanie w ZTPO planuje ITPOK umożliwia osiągnięcie takich parametrów. Posiadanie takiej technologii jest bezsprzecznie przewagą konkurencyjną ITPOK wobec Odwołującego.

9.9 Ponadto, aby usunąć wątpliwości wynikające z uzasadnienia omawianego zarzutu ITPOK wskazuje, że rozwiązania, które ITPOK zastosuje zapewnią, iż (i) cała produkowana w kotle para wodna będzie dostarczana do turbiny (ii) po przejściu przez turbinę para wodna wpłynie bezpośrednio do kondensatora powietrza; (iii) turbina będzie wyposażona w wyregulowany i niewyregulowany wylot; (iv) podczas emitowania ciepła przesyłanego na odległość z uregulowanego wylotu pobierana będzie para wodna do ogrzewania na odległość; (v) kondensator chłodzony będzie powietrzem. Zastosowanie powyższych rozwiązań przez ITPOK Odwołujący wydaje się kwestionować. Odwołujący podnosi swoje wątpliwości, ponieważ nie ma i nie może mieć dostępu do wiedzy technologicznej i inżynierskiej EEW, z której korzystać będzie ITPOK.

9.10 Tylko tytułem uzupełnienia ITPOK pragnie dodać, że celem oceny ofert nie było porównywanie konfiguracji technicznych, które zastosuje ITPOK i Odwołujący. ZUT w Postępowaniu potwierdził już, że oferenci posiadają wiedzę technologiczną pozwalającą im projektować i budować działające instalacje odpadów. Ani z SIWZ, ani z przepisów prawa nie wynika, aby na etapie oceny ofert ZUT był zobowiązany do szczegółowej analizy i oceny rozwiązań technologicznych przyjmowanych przez oferentów. ZUT oczekuje od oferentów spełnienia określonych parametrów gwarantowanych i świadczenia usług zgodnie z zasadami określonymi w SIWZ /ZUT określił standardy świadczenia usług przede wszystkim stanowiących w załączniku nr 7 do Wymagań Zamawiającego - Standardy Świadczenia Usług/. Nieosiągnięcie standardów świadczenia usług, w tym gwarantowanych poziomów produkcji energii i ciepła, narażać będzie w przyszłości partnera prywatnego na

odpowiedzialność kontraktową i ryzyko wypowiedzenia Umowy o PPP przez ZUT /postanowienia art. 10.7.2 i art. 10.7.3 Warunków Umownych/. Dlatego, zdaniem ITPOK, Odwołujący w ogóle nie ma podstaw do formułowania takiego zarzutu wobec oferty ITPOK.

#### ZARZUT ZAWYŻENIA ILOŚCI PRODUKOWANEJ ENERGII ELEKTRYCZNEJ

10.1 Odwołujący w pkt 9 odwołania (s. 46) zarzuca ZUT naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez nieodrzućenie oferty ITPOK mimo jej rzekomej niezgodności z SIWZ. Zarzucana rzekoma niezgodność dotyczy zbyt niskiej w stosunku do wymagań sformułowanych w SIWZ efektywności energetycznej ZTPO. Odwołujący twierdzi, że naruszenie wymagań w zakresie efektywności energetycznej wynika z tego, iż rzekomo w ZTPO nie będzie można wytworzyć takiej ilości energii elektrycznej brutto, jaką ITPOK zadeklarował w ofercie.

10.2 Zarzut jest całkowicie bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie przez KIO.

10.3 Odwołujący wskazuje, że wymogiem Zamawiającego było, aby ZTPO była zgodna z PFU oraz Decyzją Środowiskową. Dalej Odwołujący wyjaśnia, że zgodnie z tymi dokumentami, w ZTPO wykonawca jest zobowiązany zainstalować turbinę upustowo-kondensacyjną oraz skraplacz chłodzony powietrzem, ciśnienie i temperatura pary mają wynosić odpowiednio 39 barów i 400°C, temperatura wody zasilającej 130°C, zaś temperatura gazów odlotowych na wyjściu z kotła 200°C. Odwołujący twierdzi również, że wydajność kotła będzie maksymalną dopuszczalną, ciśnienie robocze skraplacza wyniesie 0,1 bara przy temperaturze otoczenia równej 15°C, a upust pary z turbiny do zasilania odgazowywacza i zastosowań wewnętrznych wyniesie 2,7 bara, zaś do sieci ciepłowniczej 1 bar. Odwołujący przyjmuje przy tym, że sprawność izentropowa turbiny zadeklarowana przez ITPOK przy 100% obciążeniu cieplnym nie obniża się przy niższych obciążeniach. Na tej podstawie Odwołujący, powołując się na przygotowany przez siebie model obliczeniowy (nieobjaśniony), stwierdza, że produkcja energii elektrycznej brutto w ZTPO będzie dla niższych obciążeń elektrycznych niższa niż zadeklarowana.

10.4 Omawiany zarzut jest kolejnym, przy którego sformułowaniu Odwołujący dowolnie zinterpretował informacje zawarte w ofercie ITPOK i w SIWZ w celu potwierdzenia z góry przyjętej tezy. Odwołujący oceniając, czy w ZTPO zaprojektowanym, wybudowanym i obsługiwanym przez ITPOK będzie możliwa produkcja energii elektrycznej brutto na poziomie zadeklarowanym przez ITPOK, przeprowadził operację, która nie służyła ocenie możliwości produkcyjnych ZTPO zaprojektowanego przez ITPOK, tylko odniosła się do hipotetycznego ZTPO o parametrach, efektywności i konfiguracji arbitralnie określonych przez Odwołującego. Przy takim podejściu możliwe jest postawienie i udowodnienie każdej tezy.

10.5 Twierdzenia Odwołującego stawiane w omawianym zarzucie nie mogą mieć zastosowania do ZTPO, który wybuduje ITPOK, ponieważ Odwołujący nie ma wiedzy o szczegółach technologii i konfiguracji instalacji, które zastosuje ITPOK korzystając

z zasobów grupy EEW (Odwołujący nie może ich znać bo stanowią tajemnicę technologiczną EEW jako konkurenta Odwołującego). Ujmując to inaczej, w oparciu o dane zaprezentowane w ofercie Odwołujący nie jest w stanie rozstrzygnąć wiążąco o efektywności energetycznej ZTPO, ponieważ nie ma wiedzy o efektywności i specyfice rozwiązań technologicznych, które zastosuje ITPOK i których nie da się wyinterpretować z parametrów zawartych w ofercie ITPOK. Odwołujący buduje zarzut poprzez sugerowanie, że opiera swoje negatywne konkluzje na uniwersalnych zależnościach czy zasadach technicznych, które muszą znaleźć zastosowanie do konfiguracji każdej instalacji służącej do produkcji energii. Z zarzutu da się w domyśle wywieść, że jeżeli te uniwersalne zależności czy zasady zastosuje się do ZTPO, który wybuduje ITPOK, to musi się okazać, że instalacja ta nie osiągnie parametrów technicznych oczekiwanych przez Zamawiającego. Na ten zarzut Odwołującego należy po raz kolejny odpowiedzieć w ten sposób, że: (i) Odwołujący nie ma dostępu do całości danych technicznych dotyczących ZTPO, jego instalacji i konfiguracji, które zamierza zastosować ITPOK, co powoduje, że twierdzenia Odwołującego są tylko hipotezą, a nie twierdzeniem, które da się ich udowodnić, (ii) nie istnieją uniwersalne zależności, czy zasady techniczne, które powodowałyby, że zarzuty Odwołującego wobec ZTPO, którego parametry zostały zaprezentowane w ofercie, byłyby prawdziwe niezależnie od rozwiązań technicznych, które zastosuje w przyszłości ITPOK, (iii) Odwołujący nie objaśnia metodologii oraz kalkulacji, które przeprowadził, aby skomponować tabelę z punktu 9.6 Odwołania, a następnie postawić wniosek zawarty w punkcie 9.8, a ponadto (iv) Odwołujący postępuje tak jakby zapoznał się z projektem ZTPO przygotowanym przez ITPOK, podczas, gdy po prostu tendencyjnie interpretuje wybrane parametry wyekstrahowane z oferty ITPOK (czy raczej żongluje nimi w sposób jakiego potrzebuje, aby udowodnić arbitralnie przyjętą tezę).

10.6 Nadmieniał, iż treść PFU i Decyzji Środowiskowej nie zawiera wszystkich wymogów wymienionych przez Odwołującego w pkt 9.3 odwołania. W szczególności nie wynika z tych dokumentów, aby temperatura gazów odlotowych (spalin) na wyjściu z kotła miała wynosić dokładnie 200°C. Zgodnie z brzmieniem załącznika nr 1 do Decyzji Środowiskowej temperatura taka wymagana jest jedynie do odparowania wody w układzie oczyszczania spalin i w razie potrzeby może zostać podniesiona w tym układzie z użyciem wymiennika ciepła. Zastosowanie kotła generującego gazy odlotowe o innej temperaturze ma kapitalny wpływ na sprawność całego procesu przekształcania termicznego i - w rezultacie - także na ilość produkowanej energii elektrycznej brutto. Już tylko z tego powodu wyliczenia Odwołującego należy podważyć, niezależnie od ich ogólnikowości. Powyższa nieścisłość jest przykładem tego, że Odwołujący, aby nadać swoim dowolnym twierdzeniom pozór rzetelności, nie cofa się przed podaniem nieprawdziwych informacji, co czyni argumentację przedstawioną na poparcie on niewiarygodną.

10.7 Dodał, że aby sformułować omawiany zarzut, Odwołujący w sposób nieuprawniony pominął, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 15 do SIWZ wskazał: *"Po stronie wykonawcy leży zapewnienie zgodności zaprojektowanych rozwiązań z Decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach, co Wykonawca będzie zobowiązany wykazać na etapie ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko w ramach postępowania w sprawie wydania decyzji pozwolenia na budowę (...). Zamówienie obejmuje zaprojektowanie i wykonanie kompletnej zdanej do umówionego użytku Instalacji."*

10.8 W odpowiedzi na pytanie nr 536 do SIWZ Zamawiający dopuścił natomiast objekty inne niż przewidziane w PFU, o ile będą one zgodne z Decyzją Środowiskową.

10.9 Oznacza to po prostu, że kwestie efektywności instalacji będą podlegać kontroli na etapie postępowania w przedmiocie pozwolenia na budowę, a nie przy ocenie ofert. Zamawiający nie wskazał w SIWZ, że w ofertach oferenci mają podać dane albo zestawienia służące przeprowadzeniu oceny takiej, jaką przeprowadza Odwołujący.

10.10 Reasumując - z zarzutem Odwołującego nie można podjąć rzeczowej polemiki. Nie ma zresztą do tego powodu, bo działania mające na celu zapewnienie, aby ZTPO posiadała efektywność energetyczną przewidzianą w SIWZ, będą podejmowane przez Zamawiającego oraz partnera prywatnego na etapie projektowania oraz budowy ZTPO. Efektywność energetyczną ma zapewnić istniejąca instalacja. Dane zaprezentowane przez ITPOK w ofercie - niezależnie od tego, jak krytycznie podchodzi do nich Odwołujący - nie odgrywają żadnej roli w tym procesie. Ze swej strony ITPOK pragnie potwierdzić, że dokonane przez niego założenia dotyczące ilości energii brutto, która będzie produkowana w ZTPO są rzetelne, choć konserwatywne.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym SIWZ wraz z Formularzem ofertowym (zał. nr 1 do SIWZ) i jego załącznikami: Instrukcją wypełnienia Formularza ofertowego oraz opisem oznaczeń (zał. nr 1 do formularza ofertowego), Informacją dotyczącą wynagrodzenia Partnera Prywatnego (zał. nr 2 do formularza ofertowego), Deklarowaną ilością produkowanej energii elektrycznej i ciepłej (zał. nr 3 do formularza ofertowego), Wysokością odpowiedzialności Partnera Prywatnego za utratę Dotacji Unijnej (zał. nr 4 do formularza ofertowego), Danymi referencyjnym 1 – wskaźniki indeksowania (zał. nr 5 do formularza ofertowego), Danymi referencyjnym 2 – elementy przenoszone na Zamawiającego (zał. nr 6 do formularza ofertowego), Danymi referencyjnym 3 – wielkość i koszt transportu Odpadów Umownych (zał. nr 7 do formularza ofertowego), Nakładami inwestycyjnymi i odtworzeniowymi (zał. nr 8 do formularza ofertowego), Kosztami Partnera Prywatnego (zał. nr 9 do formularza ofertowego), Kalkulacją (zał. nr 10 do formularza ofertowego), zmianą SIWZ z 17.01.2017 r., Aktem Umowy (zał. nr 2 do SIWZ), Warunkami Umownymi (zał. nr 3 do SIWZ), Mechanizmem Wynagradzania (zał. nr 3 a do SIWZ/także inna numeracja – zał. 2/), Wymaganiami Zamawiającego (zał. nr 3b do SIWZ), Tabelą Elementów Scalonych (zał. nr 1 do Wymagań Zamawiającego) /Koszty Zbiorcze w Okresie Projektowania i Okresie Budowy, Środki Trwałe, Plan Odtworzeniowy, Instalacja/system/obiekt/, Szczegółowymi Wymaganiami dla Wykonania Dokumentacji Projektowej (zał. nr 2 do Wymagań Zamawiającego), Programem Funkcjonalno- Użytkowym /PFU/ wraz z załącznikami do niego także Decyzją Środowiskową /zał. nr 2/ (zał. nr 3 do Wymagań Zamawiającego), Parametrami Odpadów Umownych (zał. nr 4 do Wymagań Zamawiającego), Zasadami odbioru Odpadów Umownych z RIPOK (zał. nr 5 do Wymagań Zamawiającego), Procedurą Monitoringu Parametrów Odpadów Umownych (zał. nr 6 do Wymagań Zamawiającego), Standardami Świadczenia Usług (zał. nr 7 do Wymagań Zamawiającego), Procedurą pomiarów Parametrów Gwarantowanych i Wartości Opałowej (zał. nr 8 do Wymagań Zamawiającego) wraz z załącznikiem do niej nr 1, Wymaganiami w zakresie gospodarowania środkami trwałymi, wartościami niematerialnymi i prawnymi oraz środkami trwałymi w budowie (zał. nr 9 do Wymagań Zamawiającego), Wymaganiami Dotyczącymi Ubezpieczeń (zał. nr 10 do Wymagań Zamawiającego) oraz Dokumentacją geologiczną, hydrogeologiczną, czy też geotechniczną. Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego 565 odpowiedzi na pytania, złożoną przez Przystępującego ofertę, czyli wypełniony formularz, wypełnione załączniki do formularza, tj. nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, wypełnioną - Tabele Elementów Scalonych - Koszty Zbiorcze w Okresie Projektowania i Okresie Budowy - Środki Trwałe - Plan Odtworzeniowy – Struktura Środków Trwałych, zakres prac /podwykonawców/. Dodatkowo, wezwanie do uzupełnienia z 10.07.2017 r.

skierowane do Przystępującego wraz z załącznikiem, odpowiedź Przystępującego z 12.07.2017 r. wraz z uzupełnionym zał. nr 3 do formularza ofertowego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone wraz z odwołaniem przez Odwołującego:

- 1) ogłoszenie o zamówieniu nr 2014/S 178-314893 z 17.09.2014 r.,
- 2) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. - str. 1-9 oraz 50,
- 3) wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia wniosku z 18.11.2014 r.,
- 4) uzupełnienie wniosku ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. z 26.11.2014 r. - str. 1, 2, 3,
- 5) informacja o wynikach kwalifikacji z 06.10.2015 r. ,
- 6) SIWZ m.in. Rozdz. VIII Opis sposobu przygotowania ofert - pkt 7 SIWZ zawartość oferty oraz Rozdz. XVI pkt 10 SIWZ,
- 7) formularz oferty ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k. wraz z zakresem prac, które partner prywatny powierzy podwykonawcom,
- 8) pismo z 03.07.2017r. - informacja z otwarcia ofert,
- 9) informacja z 14.07.2017 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 10) Interpretacja z 17.12.2012 r. sygn. ILPP1/443-867/12-5/NS Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone wraz z pismem procesowym Odwołującego:

- 1) Opis potrzeb i wymagań;
- 2) Załącznik nr 1 do ustawy z 14.12.2012 r. o odpadach;
- 3) Załącznik nr II do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z 19.11.2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy.

Odnosnie opinii prywatnej prof. E. A. Carnevale (Uniwersytet Florencki) złożonej na posiedzeniu jako załącznik do pisma procesowego Odwołującego - uznać należy, że jest to opinia prywatna będąca stanowiskiem strony w sprawie, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd. Izba uznaje ją za część argumentacji Odwołującego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone wraz z pismem procesowym przez Przystępującego:

- 1) porozumienie w sprawie udostępnienia zasobów technicznych z 20.10.2014 r. zawarte między EEW Energy from Waste GmbH, EEW Energy from Waste Polska sp. z o.o. oraz ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. sp. k.,
- 2) porozumienie udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia między TIRU S.A. a TSI S.A. z 24.10.2014 r.,
- 3) odpowiedź na pytanie nr 15 do SIWZ,

- 4) odpowiedź na pytanie nr 18 do SIWZ,
- 5) odpowiedź na pytanie nr 476 do SIWZ,
- 6) odpowiedź na pytanie nr 536 do SIWZ.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, przystąpienie, pismo procesowe Przystępującego oraz pisma procesowe Odwołującego /oba złożone na posiedzeniu/, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6) Pzp w zw. z art. 2 pkt 1) Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ITPOK, podczas gdy oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny w zakresie składnika: „Cena Kontraktowa za Obsługę” gdyż wykonawca IPTOK zastosował błędną stawkę podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy prawidłowa stawka podatku VAT jaką należało przyjąć w zakresie obliczenia składnika „Cena Kontraktowa za Obsługę” wynosi 8%;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy ITPOK mimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy ITPOK, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez niedokonanie odrzucenia oferty ITPOK, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a zatem jego ofertę należy uznać za odrzuconą;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta ITPOK jest niezgodna z SIWZ w tym m.in.: pkt 10.9.1. Warunków Umownych; 5.6.1. Wymagań Zamawiającego, pkt 1.6 Załącznika 7 do Wymagań Zamawiającego - Standardy Świadczenia Usług, pkt. 1.4 oraz 2.3.1,4 ppkt 8 Załącznika nr 3 do Wymagań Zamawiającego - PFU) ponieważ zaoferowane przez ITPOK rozwiązania dotyczące instalacji nie pozwalają na prowadzenie procesu termicznego przekształcania odpadów, w celu odzysku energii w sposób zapewniający uznanie procesu za proces odzysku R 1 w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, tak aby efektywność energetyczna instalacji osiągnęła kryterium kwalifikujące termiczne

przetwarzanie odpadów komunalnych w instalacji jako proces odzysku R 1, czego wymagał Zamawiający w SIWZ;

6) art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ, w tym m.in. pkt. 2.2 Załącznika 2 do Warunków Umownych - Mechanizm Wynagradzania Wykonawcy w Okresie Obsługi („Mechanizm Wynagradzania”) z uwagi na nieuwzględnienie przez wykonawcę ITPOK w Opłacie Głównej ( $O_r$ ):

(i) w ramach składnika  $OS_1$  wszystkich kosztów stałych związanych z realizacją Przedsięwzięcia, co było wymagane przez Zamawiającego zgodnie pkt. 2.2 Załącznika 2 - Mechanizm Wynagrodzenia oraz

(ii) niewycenienia (niewypełnienia) pozycji  $OP_1$  oraz  $OT_1$  w załączniku nr 2 do Formularza Oferty wykonawcy ITPOK)

a) Niezgodność oferty ITPOK z SIWZ w zakresie Opłaty Głównej,

b) Nieuwzględnienie w ofercie kosztów stałych transportu odpadów i kosztów zagospodarowania odpadów poprocesowych,

c) Tabela Elementów Scalonych;

7) art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, iż wykonawca ITPOK dokonał manipulacji ceną w zakresie opłaty ( $O_r$ ) jako sumy opłat: Opłaty Stałej ( $OS_r$ ) głównej, poprzez (i) nieuwzględnienie w ramach składnika  $OS_1$  wszystkich kosztów stałych związanych z realizacją Przedsięwzięcia, co było wymagane przez Zamawiającego zgodnie pkt. 2.2 „Mechanizm Wynagradzania” oraz (ii) niewypełnienie (niewycenienie) pozostałych pozycji wchodzących w skład opłaty głównej (to jest opłaty Stałej ( $OT_r$ ) za transport odpadów oraz Opłaty Stałej ( $OP_r$ ) za zagospodarowania odpadów Poprocesowych), co doprowadziło do sztucznego zaniżenia elementu wynagrodzenia wykonawcy, będącego przedmiotem oceny oferty w ramach Podkryterium 3.1 (wysokość stałej opłaty głównej w pierwszym roku Obsługi), a w konsekwencji do wyboru oferty droższej, niż oferta Odwołującego;

8) art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ z uwagi na nieuwzględnienie przez wykonawcę ITPOK faktycznych kosztów zużycia energii elektrycznej ( $E_{zr}$ ) oraz zużycia wody z sieci miejskiej ( $W_{zr}$ ), co było wymogiem Zamawiającego zgodnie z pkt. 2.4. Mechanizmu Wynagradzania;

9) art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ, w tym m.in.: pkt. 2.1.3.4.1 PFU, pkt. 2.3 Załącznika 7 do Wymagań Zamawiającego - Standardy Świadczenia Usług, pkt. 3 lit. h) Decyzji Środowiskowej stanowiącej załącznik nr 2 do PFU, w zakresie wymagań SIWZ dotyczących turbiny upustowo-kondensacyjnej;

10) art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ITPOK pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ, w tym m.in.: pkt. 2.1.3.4.1 PFU, pkt. 2.3 Załącznika 7 do Wymagań Zamawiającego - Standardy Świadczenia Usług, pkt. 3 lit. h) Decyzji Środowiskowej stanowiącej załącznik nr 2 do PFU, w zakresie efektywności energetycznej zakładu, ponieważ wartości zadeklarowane przez ITPOK w zakresie ilości wytworzonej energii elektrycznej brutto nie mogą zostać realnie osiągnięte;

11) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty ITPOK jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta wykonawcy ITPOK powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na zarzuty wskazane powyżej oraz zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, jak i pisma procesowego Przystępującego oraz obu pism procesowych Odwołującego złożonych na posiedzeniu. Wskazując na przywołane w tych pismach fragmenty SIWZ, formularza ofertowego, załączników do tego formularza (w szczególności: Dane referencyjne 3 – wielkość i koszt transportu Odpadów Umownych - zał. nr 7 do formularza ofertowego, czy też Koszt Partnera Prywatnego - zał. nr 9 do formularza ofertowego), PFU, Warunków Umowny (zał. nr 3 do SIWZ), Mechanizmu Wynagradzania będącego załącznikiem do Warunków Umowy, Wymagań Zamawiającego będącego załącznikiem do Warunków Umowy, zał. nr 1 do Wymagań Zamawiającego - Tabeli Elementów Scalonych, zał. 7 do Wymagań Zamawiającego - Standardy Świadczenia Usług. Istotna jest również oferta oraz załączniki złożone i wypełnione przez Przystępującego w tym zał. nr 3 (Deklarowana ilość produkowanej energii elektrycznej i ciepłej - zał. nr 3 do formularza ofertowego). Nadto, uzupełnienie Przystępującego dokonane na wniosek Zamawiającego. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzut. Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

W pierwszej kolejności, Izba mając na uwadze stanowisko Zamawiającego, który relatywizował na rozprawie znaczenie stawki podatku VAT w postępowaniu, wskazuje na stanowisko wyrażone w uchwale Sądu Najwyższego z 20.10.2011 r. o sygn. akt: III CZP 52/11 zgodnie z którą nie jest obojętne, jaką stawkę podatku VAT przyjął w swej ofercie dany

wykonawca. Według Sądu Najwyższego Zamawiający ma obowiązek badać poprawność złożonych ofert także pod kątem wysokości stawki podatku VAT. Ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, oferty złożone w postępowaniu muszą być porównywalne, a więc obliczone z zastosowaniem tych samych reguł. Stawka podatku VAT jest zaś istotnym elementem kalkulacji ceny oferty, cena zaś zajmuje istotne miejsce wśród kryteriów oceny ofert. Inaczej mówiąc prawidłowa i jednolita stawka jest gwarantem porównywalności ofert.

Jednocześnie także zgodnie z uchwałą SN z 20.10.2011 r. o sygn. akt: III CZP 53/11 Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę zawierającą cenę skalkulowaną przy zastosowaniu błędnej stawki podatku od towarów i usług, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Nadto, Izba wskazuje, że przywołana przez Odwołującego w odwołaniu oraz załączona do odwołania interpretacja podatkowa odnosi się wprost także do postępowania prowadzonego w takiej samej formule jak postępowanie prowadzone przez Zamawiającego, czyli w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, co czyni niniejszą interpretację adekwatną. Sama zaś ustawa z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r., poz. 100 z późn. zm.) /stan prawny na 17.09.2014 r./ - w art. 4 ust. 2 - „*W przypadkach innych niż określone w ust. 1, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm., w zakresie nieregulowanym w niniejszej ustawie.*”, czyli w zakresie nieregulowanym odsyła do ustawy Pzp, co należy rozpatrywać w kontekście ceny zawierającej w sobie także należny podatek VAT, czyli ceny brutto.

Przyjęcie stanowiska wyrażonego na rozprawie przez Zamawiającego prowadziłoby do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu.

Izba, opierając się na zgromadzonym materiale dowodowym uznała że właściwą stawką podatku VAT w zakresie ceny kontraktowej za obsługę jest stawka 8 %.

W tym zakresie Izba uznała, że zasadniczą kwestią jest ustalenie, czy mamy do czynienia z instalacją o charakterze spalarni, czyli instalacją której zasadniczym celem jest utrzymanie i utylizacja odpadów, czy też jest to spalarnia będąca zarazem elektrociepłownią.

Izba oparła swoje stanowisko ustalając po pierwsze cel, który został wskazany w załączniku do ogłoszenia /Opis potrzeb i wymagań – pkt 1. Cel Przedsięwzięcia – str. 1/, został on przedłożony na posiedzeniu wraz z jednym z pism przez Odwołującego, z którego jednoznacznie wynika, że: *[Celem głównym przedsięwzięcia jest stworzenie warunków dla termicznego przekształcenia frakcji energetycznej wydzielonej z odpadów komunalnych.*

*Efektom osiągnięcie celu będzie ograniczenie składowania odpadów palnych, w tym odpadów ulegających biodegradacji oraz osiągnięcie określonych przepisami prawa wskaźników recyklingu poprzez kompleksowe uporządkowanie całego systemu gospodarki odpadami w województwie pomorskim i dopełnienie istniejących i modernizowanych lokalnych systemów zagospodarowania odpadów ponadregionalnym Zakładem Termicznego Przekształcenia Odpadów, dalej „Spalarni”]. Potwierdzeniem powyższego jest też nazwa samego postępowania – „System gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej”, które wprost statuuje, że jego przedmiotem jest – system gospodarki odpadami.*

Nadto, w PFU - w pkt 1.2.9 (str. 15-16) - zał. nr 3 do Wymagań Zamawiającego, które z kolei stanowią załącznik nr 3b do SIWZ - wskazano parametry techniczne dla przedsięwzięcia wskazane w Decyzji Środowiskowej:

- a) Parametry podstawowe;
- b) Pozostałe parametry.

Pierwsze z nich o charakterze podstawowym odnoszą się do przepustowości max., jednej linii, charakteryzują paliwo, czyli odnoszą się do odpadów. Pozostałe zaś, czyli wtórne, przedstawione przy okazji parametrów podstawowych - dotyczą mocy cieplnej paleniska, temperatury pary, energii elektrycznej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie drugiego, trzeciego i czwartego zarzutu, Izba uznała w/w zarzuty za zasadne.

Izba uznała, że o zarzucie nie decyduje jedynie wskazana podstawa prawna, ale także podstawa faktyczna zarzutu. Samo bowiem wskazanie przepisu prawa nie tworzy zarzutu, zarzuty to okoliczności faktyczne, na które powołuje się wykonawca w związku z ocenianym zachowaniem się Zamawiającego w postępowaniu, a które zdaniem wnoszącego środek ochrony prawnej doprowadziło do naruszenia przepisów prawa. (za wyrokiem KIO z 18.06.2018 r., sygn. akt: KIO/UZP 545/08). W wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. w sprawie o sygn. akt: X Ga 110/09 stwierdza się, że: *“O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*. Podobnie (za wyrokiem KIO z 21.01.2015 r., sygn. akt: KIO 17/15), zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się

niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Wskazany przepis jednoznacznie wymaga, aby zarzut został zmaterializowany, tj. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. W wyroku KIO z 12.02.2014 r. o sygn. akt: KIO 140/14 KIO zaakcentowała, że zarzut to nie tylko wskazanie normy prawa, ale także uzasadnienie faktyczne. Zarzut winien wskazywać konkretną czynność lub zaniechanie zamawiającego, przez które doszło do naruszenia przepisów prawa, a także winien określać okoliczności faktyczne, potwierdzające naruszenie przepisów prawa (art. 180 ust. 1 Pzp). Zarzuty winny zostać w pełni sprecyzowane już w samym odwołaniu, gdyż umożliwia to zamawiającemu i uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez Odwołującego czynności Zamawiającego. Określenie, po wniesieniu odwołania, dodatkowych podstaw faktycznych, świadczących o naruszeniu wskazanych w odwołaniu podstaw prawnych, należy uznać za spóźnione. Podobnie w wyroku z 10.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1498/13 KIO podkreśliła, że przepisy Pzp, nakazują potrzebę ścisłego odczytywania zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, decydująca o uwzględnieniu żądania odwołania. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnie wskazanej podstawie faktycznej. Rolą Odwołującego podnoszącego dany zarzut jest precyzyjne uchwycenie i wykazanie kwestii, która jego zdaniem wskazuje na naruszenie prawa przez Zamawiającego, ogólne sformułowanie zarzutu uniemożliwia jego uwzględnienie, gdyż Izba nie może wywodzić z tych ogólnych czy nieprecyzyjnych sformułowań domniemanej treści zarzutu, będącego w rzeczywistości istotnym w sprawie.

W konsekwencji Izba uznała, że w przedmiotowym odwołaniu z uzasadnienia faktycznego przywołanych zarzutów wynika, że de facto miało miejsce naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp.

Należy wskazać, że mimo, iż ustawa rozdziela określone etapy postępowania to nie oznacza to, że oferta nie musi być konsekwencją wcześniej złożonych oświadczeń woli na etapie wniosków. Jest niedopuszczalne jej oderwanie i abstrahowanie od tego co było we wniosku. W przeciwnym bowiem wypadku owo „działanie w oderwaniu” skutkuje tym, że można uznać, że udostępnienie na etapie wniosków miało charakter pozorny.

W przedmiotowym stanie faktycznym jednym z podwykonawców ma być polska spółka celowa nie mająca jakiegokolwiek doświadczenia, która powstała jedynie na potrzeby przedmiotowego postępowania. Nie jest to podmiot udostępniający zasoby na etapie oceny wniosków. Działanie Przystępującego – wskazanie polskiej spółki córkę zamiast spółki

niemieckiej – koliduje z zasadą solidarnej odpowiedzialności wykonawcy, który złożył ofertę z podmiotem/podmiotami udostępniającymi swoje zasoby. Izba nie ma zamiaru odnosić się do kwestii kaskadowości doświadczenia, gdyż Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 27.04.2015 r., sygn. akt: XII Ga 108/15 powyższą kwestie rozstrzygnął uznając, że nie mamy z tym do czynienia. Jednocześnie stwierdzając, że Spółka - matka skupia faktycznie doświadczenie spółek - córek. Zaś, spółka - matka może powoływać się na doświadczenie spółek- córek, jak na własne, jeżeli udowodni, że rzeczywiście zasobami tymi dysponuje. (za wyrokiem KIO z 17.07.2015 r., sygn.. akt: KIO 1022/15, KIO 1026/15).

Przy czym, charakter wskazanego w ofercie zakresu podwykonawstwa będącego w gestii polskiej spółki jest tego rodzaju, że jego faktyczna realizacja przez podmiot niedoświadczony jest wysoce wątpliwa. Chodzi bowiem, jak zasadnie wskazywał Odwołujący, a nie zaprzeczył Zamawiający ani Przystępujący, w swoim piśmie złożonym na posiedzeniu, o wysoce złożone czynności, które będą wymagały natychmiastowych, bieżących działań. Przykładowo: 1. Koordynacja między działami konserwacji i działem eksploatacji (str. 4 – pisma) /codzienne spotkania podsumowujące między szefem porannej zmiany a szefem konserwacji – sporządzanie listy awarii i usterek wynikłych nocą/; 2. Zebrania ekip Konserwacyjnych (str. 4 – pisma) /omawianie ryzyk dotyczących bezpieczeństwa, wskazówek dotyczących sprzętu/; 3. Koordynacja wszystkich oddziałów (protokół poranny) /str. 5 – pisma - podsumowanie wydarzeń eksploatacyjnych w przeddzień i nocą, zaplanowane prace w danym dniu; 4. Role Konserwacji i Eksploatacji) /str. 5 – pisma - zabezpieczenie jak najlepszego funkcjonowania instalacji/; 4. Zabranie na koniec dnia /str. 6 – pisma – sprawdzenie czy zaplanowane prace i zadania zostały wykonane, raporty z interwencji/. Inne związane z zarządzaniem kadrą oraz ludźmi. Udział podmiotu niemieckiego (spółka matka została wprost wskazana w innym zakresie podwykonawstwa), zaś uczestnictwo w innej formie niż podwykonawstwo przez doradztwo lub konsultacje, w tym stanie faktycznym, nie może być uznane, w ocenie Izby, za wystarczające.

Izba nie kwestionuje faktu, że doświadczenie można przekazać w inny sposób niż podwykonawstwo, lecz sposób jego przekazania w każdym wypadku winien być zależny od zakresu oraz skomplikowania czynności, dla których realizacji jest konieczne określone doświadczenie i wiedza.

Nie można także przyjąć, iż co do zasady przekazanie doświadczenia musi łączyć się z udziałem podmiotu użyczającego potencjał w realizacji zamówieniu. Każdorazowo oceny w tym zakresie należy dokonywać *ad casus*. W tym wypadku taki udział w realizacji zamówienia jest konieczny z uwagi na niezbędne czynności zawierające się we wskazanym zakresie podwykonawstwa (w Okresie Obsługi /w rozumieniu Umowy o PPP/ - prace i usługi związane z odbiorem odpadów, prowadzeniem ich termicznego przekształcenia w ZTPO,

produkcją ciepła oraz energii elektrycznej, utrzymaniem i konserwacją ZTPO oraz wykonywaniem innych obowiązków wykonawcy przewidzianych w Umowie o PPP) w ramach codziennych czynności.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem piątego zarzutu. W tym zakresie, Izba oddaliła zarzut uznając, że nie został on udowodniony. Należy przypomnieć, iż ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, jako na stronie, która wywodziła określone skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu na regulację art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej; przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 Pzp. Przepis art. 6 Kc wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Tym samym w ocenie Izby Odwołujący w zakresie tych zarzutów nie podołał ciężącemu na nim obowiązkowi, w konsekwencji czego zarzuty należało oddalić. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 08.04.2008 r. w sprawie o sygn. akt: V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 19.03.2018 r. o sygn. akt: XIX Ga 92/08, iż: *"w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego"*.

W żadnym wypadku Odwołujący nie udowodnił, że rozwiązania dotyczące instalacji nie pozwalają na prowadzenie procesu termicznego przekształcania odpadów, w celu odzysku energii w sposób zapewniający uznanie procesu za proces odzysku R 1, w zakresie wskazanych w odwołaniu w tabeli przypadków dla czterech scenariuszy. Stanowisko przyjęte przez Odwołującego w tym zakresie ma zbyt hipotetyczny charakter. W piśmie złożonym na

rozprawie przedstawił jedynie przykładowe obliczenia (pkt 2.8 i 2.9 – str. 8 do 9). Dokonał określonych założeń w zakresie zastosowanego wzoru. Przedstawił sposób dojścia do obliczenia brakującej wartości. Przy czym w ramach opinii prywatnej, którą Izba uznała nie za dowód, ale za stanowisko strony - str. 24 – widać, że Odwołujący dokonał dalszych założeń („założyliśmy, że zakład może pracować w trybie wyłącznej produkcji energii elektrycznej przez rok”) w zakresie, który nie wynikał wprost z tabeli – zał. Nr 3 do oferty (Deklarowana ilość produkowanej energii elektrycznej i ciepłej - zał. nr 3 do formularza ofertowego). Przedstawione rozważania w konsekwencji są niewiarygodne i nie mogą stanowić obiektywnie przesadzającego materiału dowodowego. Przystępujący de facto negował na rozprawie takie założenie jakie zawarte jest w opinii, jako nie wskazane w specyfikacji, twierdząc, że Zamawiający nie określił precyzyjnie - na jaką chwilę należało te dane przedstawić w tabeli. Dodatkowo podnosząc, że SIWZ stwierdziła, iż pełna produkcja energii elektrycznej powinna być możliwa, ale nie sprecyzowano przez jaki okres czasu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem szóstego zarzutu. W tym zakresie, Izba uwzględniła zarzut za wyjątkiem kwestii związanej z Tabelą Elementów Scalonych.

Izba uznała, że w ramach składnika OS, Przystępujący nie ujął wszystkich kosztów stałych związanych z realizacją Przedsięwzięcia, czyli zaistniała niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ w zakresie Opłaty Głównej.

Należy zauważyć, że pochylnie Zamawiający uznał wycenę w tym zakresie Przystępującego za korzystną ze swojego punktu widzenia. Istotne jest bowiem, że w załączniku nr 9 (Koszty Partnera Prywatnego - zał. nr 9 do formularza ofertowego) należało przedstawić Koszty Partnera Prywatnego odnośnie stałej opłaty głównej, tak przez pierwszy rok obsługi, jak i na lata następne. Zamawiający niewątpliwie wskazał w załączniku nr 2 do Warunków Umownych /Mechanizm Wynagradzania (SIWZ operuje także numeracją dla tego dokumentu zał. nr 3 a do SIWZ)/ - pkt 2.1, że na taką opłatę składają się: 1) opłata roczna za koszt ponoszone przez Wykonawcę w okresie obsługi z tytułu transportu odpadów umownych określona w ofercie dla roku  $r=1$  ( $OT_1$ ); 2) opłata roczna za koszt ponoszone przez Wykonawcę w okresie obsługi z tytułu zagospodarowania odpadów pozaprocessowych – popiołów lotnych i pozostałości po oczyszczeniu filtrów workowych (uzyskanych z Odpadów umownych) określonych w ofercie dla roku  $r=1$  ( $OP_1$ ); oraz Opłata roczna za pozostałe koszty stałe ponoszone przez Wykonawcę w okresie obsługi inne niż  $OT_1$  i  $OP_1$  określona w ofercie dla roku  $r=1$  ( $OS_1$ ). Przedstawił także wzór dojścia do stałej opłaty głównej. Jeżeli nawet Zamawiający nie określił konkretnych typów kosztów – to - o czym

Przystępujący zapomina - dodatkowo wyraźnie zastrzegł, że – opłata obejmuje wszelkie koszty stałe ponoszone przez Wykonawcę w okresie obsługi (niezależnie od masy odebranych od RIPOK i zagospodarowanych w instalacji Odpadów umownych). W rezultacie nie można utrzymać tezy Przystępującego, że w ramach polityki biznesowej mógł Przystępujący przenieść koszty stałe do kosztów zmiennych, gdyż miał – jednoznacznie - tą opłatą objąć wszelkie koszty stałe ponoszone, a nie tylko niektóre – wybrane przez Wykonawcę. Izba uznaje, że zachowanie od 2022 do 2045 opłaty głównej na poziomie 7 835 319 PLN jest działaniem nieracjonalnym z punktów widzenia ekonomicznego, jak i celowi jaki przyświecał w SIWZ Zamawiającemu /jego wytycznej/. Nie są bowiem ujęte wszelkie koszty stałe.

Należy zauważyć, że Zamawiający założył w SIWZ (w ramach wzoru - zał. nr 3 do formularza ofertowego - Deklarowana ilość produkowanej energii elektrycznej i ciepłej) - cztery scenariusze obciążenia instalacji 100% (160 000 ton/rok – max ilość odpadów), 87, 5 % (140 000 ton na rok), 75 % (120 000 ton/rok) i 62, 5 % (100 000 ton/rok). Z załącznika nr 7 (Dane referencyjne 3 – wielkość i koszt transportu Odpadów Umownych - zał. nr 7 do formularza ofertowego) do kosztów zmiennych w zakresie wielkości i kosztów Odpadów Umownych - wynika także, że od roku 2027 założono max obciążenie instalacji, a od 2022 roku na poziomie 75%. Biorąc pod uwagę, że tymi danymi dysponowali wszyscy Wykonawcy należy uznać je za miarodajne do uznania, że w okresach przestojów, koszty stałe będą faktycznie większe, z uwagi na wzrastający poziom zużyciu instalacji wynikający z jej eksploatacji i konieczność konserwacji. Kwestia, ile faktycznie będzie przyjętych odpadów na tym etapie nie jest na tyle istotna, gdyż wskazane dane były punktem wyjścia dla Wykonawców składających ofertę. Przy czym, Izba wskazuje także, że aglomeracja trójmiejska (jej ludność) charakteryzuje się tendencją wzrostową, przy czym z opisu potrzeb wynika, że chodzi de facto o całe województwo pomorskie - należy więc przyjąć, że realne ilości przyjmowanych odpadów będą miały charakter max. Korzyści Zamawiającego więc mają charakter pozorny i dotyczą raczej pierwszych lat okresu obsługi (w pierwszym roku okresu obsługi – 2021 koszt 1 958 830 PLN). Powyższe pokrywa się z tezami Odwołującego o braku ujęcia kosztów remontów i bieżącej konserwacji oraz argumentacją w tym zakresie przedstawioną na rozprawie. Odwołujący podkreślał, że tak w sytuacji wykorzystania instalacji w 100 procentach lub zatrzymania zakładu zawsze wymagana jest konserwacja. Co roku należy sprawdzać kompresory, wykonywać przeglądy techniczne całości instalacji przyjmującej odpady, jak również turbiny. Odwołujący negocował w wypadku zaliczenia kosztów remontu do kosztów zmiennych możliwość utrzymywania instalacji w dobrym stanie technicznym.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego z rozprawy, co do możliwości alokacji środków na ten cel z innych źródeł, czy też przeznaczenia części środków kosztem założonej marży, tym bardziej że jako podwykonawca w zakresie okresu obsługi została wskazana spółka celowa, która powstała na potrzeby tej konkretnej inwestycji. Jednocześnie jeśli nawet twierdzenie z rozprawy Odwołującego, że jeśli koszty bieżącej konserwacji i remontu są zaliczone do kosztów zmiennych uzależnionych od ilości odpadów, to brak odpadów oznacza, że instalacja nie będzie remontowana, jest zbyt daleko idące, to niewątpliwie wytyczna generalna - ujęcia wszelkich kosztów stałych – nie została zachowana. Jeśli bowiem instalacja będzie remontowana i konserwowana w okresach przestojów, co będzie finansowane z innych źródeł, czy też innych opłat uzyskiwanych od Zamawiającego, tzn. że określone koszty stałe mimo wytycznej Zamawiającego - nie obejmują wszelkich kosztów stałych ponoszonych przez Wykonawcę w okresie obsługi (niezależnie od masy odebranych od RIPOK i zagospodarowanych w instalacji Odpadów umownych). Izba nie podziela stanowiska Przystępującego o całkowitej dowolności w tym zakresie.

W ramach tego zarzutu pozostaje jeszcze kwestia - Nieuwzględnienie w ofercie kosztów stałych transportu odpadów i kosztów zagospodarowania odpadów poprocesowych. Izba przeanalizowała stanowisko Przystępującego w kontekście zakwestionowanych pozycji i załącznika nr 9 /Koszt Partnera Prywatnego - zał. nr 9 do formularza ofertowego). Przyjęcie że przez „kreskę” należy rozumieć zero – niewiele zmienia w istocie tego zarzutu. Zero bowiem w tych pozycjach od pierwszego roku okresu obsługi do 2046 jest wartością nierealną, gdyż co najmniej raz w roku taki transport będzie konieczny. Nadto, w stałych kosztach jest opłata roczna z tytułu zagospodarowania pozostałości pozaprocesowych – konkretnych – tj. popiołów lotnych i pozostałości po oczyszczeniu filtrów workowych – zostały one wydzielone. Inaczej mówiąc, chodzi o usunięcie wskazanych wyżej rodzajów odpadów poprocesowych i ich wywóz. Można założyć, że konieczność zachowania sprawności instalacji i konieczność stałego świadczenia usługi implikuje, aby powyższe wykonać chociaż raz w roku, a jeśli zajdzie potrzeba nawet częściej. Przerzucenie faktycznych kosztów do zmiennych w ocenie Izby było niedopuszczalnie z uwagi na skonkretyzowanie rodzaju popiołów.

Oдноśnie tabeli elementów scalonych. W tym zakresie Izba przeanalizowała stanowisko wyrażone przez Przystępującego w jego piśmie (pkt od 6.11 do 6.13) i przywołane tam okoliczności i dowody, w tym odpowiedź na pytanie 476 (w kontekście udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień), Tabele Elementów Scalonych /będącą zał. nr 1 do Wymagań Zamawiającego w którego w skład wchodziły - Tabele Elementów Scalonych - Koszty Zbiorcze w Okresie Projektowania i Okresie Budowy - Środki Trwałe - Plan Odtworzeniowy – Struktura Środków Trwałych/ oraz załącznik do tabeli Fundusz

Odtworzeniowy, uznając że zarzut w tym zakresie nie został potwierdzony. Należy zgodzić się, że udzielone wyjaśnienie „*stosownie do potrzeb Wykonawcy*” dawało swobodę wypełnienia Tabeli Elementów Scalonych – Środki Trwałe.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem síódmego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

W tym zarzucie chodzi de facto o przełożenie okoliczności poruszanych we wcześniejszym zarzucie w kontekście podkryterium 3.1, które odnosiło się do wysokości stałej opłaty głównej w pierwszym roku okresu obsługi, czyli OSr, OTr i OPr w pierwszym roku obsługi, za który uważa się rok 2021. W tym wypadku koszt OSr jest nawet niższy niż w latach następnych, a w pozostałym zakresie jest to de facto zero. W ramach tego podkryterium można było uzyskać max 10 pkt. W konsekwencji działań Przystępującego, tj. de facto o których była mowa w poprzednim zarzucie, a co przyznał Przystępujący na rozprawie i w swoim piśmie (okoliczność przyznana – art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp), że przeniósł określone koszty stałe do zmiennych – uzyskał z tego tytułu max ilość punktów. Inaczej mówiąc, jego nieprawidłowe działanie skutkowało korzystniejszą punktacją w podkryterium 3.1 i uzyskaniem 10 pkt (informacja z 14.07.2017 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej).

Opłaty Stałej (OT<sub>r</sub>) za transport odpadów oraz Opłaty Stałej (OP<sub>r</sub>) za zagospodarowania odpadów Poprocesowych w pierwszym roku obsługi wynosiła także zero i nie generowała żadnych kosztów. W tym wypadku Izba podtrzymuje, że w tym wypadku mimo, że jest to pierwszy rok – dotyczy to wskazanych w poprzednim zarzucie rodzajów odpadów poprocesowych i ich wywóz (w załączniku nr 7 - Dane referencyjne 3 – wielkość i koszt transportu Odpadów Umownych - zał. nr 7 do formularza ofertowego - przyjęto, że w pierwszym roku zostanie przyjęte – 27 960 ton). W okresach przestoju będzie istniała konieczność podjęcia wskazanych wcześniej działań. W opłacie stałej za pierwszy rok, w ocenie Izby, także należało ująć koszty bieżącej konserwacji.

Izba podkreśla, że tego typu działanie Przystępującego, niezgodne z SIWZ, które przyniosło korzystniejszą punktację w podkryterium 3.1 nie jest działaniem dopuszczalnym i nie mieści się – w zakresie uprawnień Wykonawcy, który przygotowując ofertę dokonuje określonych kalkulacji celem sporządzenia oferty cenowej także w zakresie będących po jego stronie kosztów. W ocenie Izby, Przystępujący tak skalkulował swoje koszty, aby „dopasować” je do przywołanego podkryterium 3.1, wymóg zachowania wszelkich kosztów stałych w pierwszym roku obsługi – nie został dochowany. Oznacza to, że celem wykonawcy było nie tyle rzetelne skalkulowanie wynagrodzenia ale wskazane wyżej „dopasowanie” go do przyjętego przez Zamawiającego sposobu punktacji w ramach kryteriów oceny ofert.

Jednocześnie należy wskazać za przywołanym poniżej orzecznictwem KIO.

W rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do których odsyła Pzp, w szczególności art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł - wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Spełniona została także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie Odwołującego naruszało interes innych przedsiębiorców. Przywołany powyżej przepis stanowi, że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów. Zgodnie z wyrokiem SN z 09.01.2008 r., sygn. akt: II CK 4/07 - pojęcie dobrych obyczajów jest wystarczającą przesłanką do zakwalifikowania działania przedsiębiorcy jako czynu nieuczciwej konkurencji niezależnie od tego, czy czyn stanowi działanie sprzeczne z prawem. Żaden z wykonawców, który zaproponował ceny odnosząc je do rzeczywistych kosztów wynikających z realizacji zamówienia, nie może konkurować z Odwołującym. Zaoferowanie przez innych Wykonawców stawek, wynikających z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniających zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych powodowało, iż znajdowali się oni w nieporównywalnie gorszej sytuacji, bez szans na pozyskanie przedmiotowego zamówienia. Jest to zdaniem Izby działanie, które narusza interes innych Wykonawców.

Jak wynika z orzeczenia KIO z 14.06.2013 r. o sygn. akt: KIO 1240/13; KIO 1246/13, KIO 1248/13: *"ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób; że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną; czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie*

*bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców". Izba uznała tu, że takie postępowanie w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i interes innych przedsiębiorców, którzy kalkulują swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, a nie mogą realnie konkurować z wykonawcą, i nie zasługuje na ochronę. Izba stwierdziła ponadto, że opisane działanie narusza również interes klienta, jakim jest Zamawiający.*

Stanowisko dotyczące traktowania jako czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji wyrażała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyrokach KIO z 05.04.2011 r., sygn. akt: KIO 640/11, z 21.02.2012 r., sygn. akt: KIO 297/12, z 18.01.2013 r., sygn. akt: KIO 7/13, z 20.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2587/13, czy też z 14.01.2014 r., sygn. akt: KIO 2936/13.

Wart przywołania jest także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28.06.2007 r., o sygn. akt: V ACa 371/07 podający, iż *"Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo".*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem ósmego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za zasadny. W tym zakresie Izba uznała, że zarzut został potwierdzony. Izba nie zgadza się z interpretacją postanowień SIWZ dokonaną przez Przystępującego. Należy zauważyć, że przedstawił on jedynie jedną stronę postanowień SIWZ z pkt. 2.4 /Mechanizm Wynagradzania/ – Elementami przenoszonymi na Zamawiającego są koszty faktycznie poniesione i zapłacone przez Wykonawcę. Do elementów przenoszonych na Zamawiającego należą: (...) c) usługi obce - opłaty za wodę (..) e) usługi obce – opłata za energię elektryczną na potrzeby własne instalacji. Nie oznacza to bowiem tylko tego, jak twierdzi Przystępujący, że nie uzyska Przystępujący zwrotu określonych kosztów. Istotą jest bowiem to, że faktyczne koszty zużycia energii elektrycznej

( $E_{zr}$ ) oraz zużycia wody z sieci miejskiej ( $W_{zr}$ ), nie zostały podane przez Przystępującego, czyli nie zastosował się do zawartej w SIWZ w tym zakresie wytycznej. Wybiórcze interpretowanie postanowień SIWZ (pkt 2.4 lit. c i e) tego nie zmieni.

W konsekwencji podane dane nie odnoszą się do rzeczywistych kosztów poniesionych przez Wykonawcę. W ocenie Izby, nie o to chodziło, wbrew sugestiom Zamawiającego, aby przyjąć abstrakcyjne dane, ale dane faktycznie odzwierciedlające rzeczywiste zużycie. Należy także zauważyć, że chodziło nie tylko o koszty faktycznie poniesione, ale także „zapłacone” przez Wykonawcę. W konsekwencji tego ostatniego de facto Przystępujący przyznał na rozprawie, że przeniesione zostaną jedynie założone w sposób wybiórczy koszty, czyli nie całe zapłacone koszty, ale ich jakiś wycinek. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający - jako autor SIWZ - musi egzekwować jej postanowienia, nawet jeśli uznaje, że przeniesienie na niego tylko części zapłaconych przez Wykonawcę kosztów jest dla niego korzystne. Nadto, Izba zwraca uwagę, że wyraźnie w zakresie energii elektrycznej – jest mowa „na potrzeby własne instalacji” – w rezultacie – w interesie Zamawiającego także leży, aby zwrot był adekwatny do zużycia, potrzeb własnych docelowej instalacji.

W zakresie energii elektrycznej, Izba zwraca uwagę, że Przystępujący nie przeczył na rozprawie (okoliczność przyznana – art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp), że wraz ze wzrostem zużycia odpadów wzrastać będzie zużycie energii elektrycznej. Jedynie starał się marginalizować charakter tego wzrostu. Stwierdził także, że dane w tym zakresie są oparte o realne dane z grupy EEW, tzn. w instalacjach tego rodzaju obsługiwanych przez spółki z tej grupy. Wskazywał również na wysokie zaawansowanie technologiczne instalacji referencyjnych, co do wykorzystania energii elektrycznej. Jednakże nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu na poparcie tych twierdzeń. Z kolei w innym stanowisku wskazywał, że de facto będzie korzystał z turbiny produkcji innych Wykonawców, która zostanie dostosowana na potrzeby Zamawiającego. Izba podnosi, że w zakresie zużycia energii elektrycznej stanowisko Przystępującego sprowadzała się do bliżej niesprecyzowanych twierdzeń o wykorzystaniu wysoce zaawansowanej technologicznej instalacji referencyjnych, co do wykorzystania energii elektrycznej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem dziwiątego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niepotwierdzony.

W tym zakresie, Izba oddaliła zarzut uznając, że nie został on udowodniony. Należy przypomnieć, iż ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym jako na stronie, która wywodziła określone skutki prawne. Powyższemu obowiązkowi Odwołujący nie sprostał.

Izba nie przeczy, że charakter załącznika nr 3 do oferty (Deklarowana ilość produkowanej energii elektrycznej i ciepłej - zał. nr 3 do formularza ofertowego) i znajdujące się tam dane stanowią treść oferty (zgodnie z treścią tego załącznika są to „*dane referencyjne do porównania ofert*”), jednakże informacje z niego wynikające nie pozwalają w sposób przesadzający potwierdzić, że Przystępujący nie zaoferował turbiny upustowo - kondensacyjnej.

Stanowisko przyjęte przez Odwołującego w tym zakresie ma zbyt hipotetyczny charakter. W tym przypadku na str. 7 opinii prywatnej jest stwierdzenie, że „*zastosowaliśmy własną metodę do obliczeń termodynamicznych*”. Stwierdza się tam także, że przyjęto określone założenia: „*Założyliśmy, że (...)*”. Uznano także, że „*Należy również przyjąć (...)*”, „*Mając do wyboru kilka możliwości dla ww. parametrów przyjęliśmy, że (...)*”. Wynika więc z tego, że dokonano określonych założeń, które w konsekwencji skutkowały uznaniem, że podane dane są nierealistyczne w zakresie, który nie wynikał wprost z tabeli – zał. Nr 3 do oferty (Deklarowana ilość produkowanej energii elektrycznej i ciepłej - zał. nr 3 do formularza ofertowego).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem dziesiątego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za potwierdzony. Na podstawie danych zawartych w załączniku nr 3 do oferty (Deklarowana ilość produkowanej energii elektrycznej i ciepłej - zał. nr 3 do formularza ofertowego) – nie sposób przyjąć że wydajność turbiny będzie przy niskim wsadzie odpadów pozwalała na osiągnięcie wysokiej produkcji energii elektrycznej, tzn. takiej jaka została zadeklarowana przez Przystępującego. Inaczej mówiąc, gdy ilość odpadów do przetworzenia ciepłego jest niska, zadeklarowana produkcja energii elektrycznej jest nierealna. Stanowisko Przystępującego z pisma, ale i z rozprawy, a także Zamawiającego sprowadzała się do negocjowania wiążącego charakteru danych zawartych w tym załączniku jako treści ofert. Nie podważali danych przedstawionych przez Odwołującego jako takich, czy też nie podważali, że zostały one błędnie wyliczone. Uznawali te dane jako wstępne, które zostaną dostosowane na etapie projektowania i realizacji.

Izba stoi na odmiennym stanowisku co do Załącznika nr 3 do oferty i znajdujących się tam danych jako mających charakter treści oferty (zgodnie z treścią tego załącznika są to „Dane referencyjne do porównania ofert”, a tytuł załącznika to – „Deklarowana ilość produkowanej energii elektrycznej i ciepłej”). O istotnym charakterze tego załącznika świadczą także późniejsze działania Zamawiającego po złożeniu ofert, któremu zależało na pełnej jego treści (wezwanie do uzupełnienia z 10.07.2017 r. skierowane do Przystępującego

wraz z załącznikiem, odpowiedź Przystępującego z 12.07.2017 r wraz z uzupełnionym zał. nr 3 do formularza ofertowego).

Należy wskazać, że deklaracje składane na etapie ofert w żadnym wypadku nie mogą być, w ocenie Izby, oderwane od realnych danych i realnych możliwości układu. Skoro Zamawiający oczekiwał określonych danych technicznych w ramach załącznika nr 3, a dane tam zawarte były danymi referencyjnymi do porównania ofert, to nie można twierdzić, za pkt 2. 6 załącznika nr 2 /Mechanizm Wynagradzania/, że miały one służyć jedynie pomniejszeniu wynagrodzenia z tytułu nieosiągnięcia przez Wykonawców Standardów Świadczenia. Skoro bowiem ich nie osiągnięcie miało mieć tak drastyczny skutek, tzn. że miały one znaczenie z punktu widzenia treści oferty i były wiążące. Nie były to „puste deklaracje ofertowe”, które miały być wypełnione prawdziwą treścią na etapie projektowania i realizacji. Ze stanowiska Przystępującego z rozprawy wynika także, że gdyby miał świadomość wagi tego załącznika to metodologia jego wypełnienia by była inna. Izba podkreśla, że charakter tego załącznika – dane referencyjne do porównania ofert – był oczywisty. Naturalnie część jego danych miała także służyć na potrzeby podkryterium 2.2 /Efektywność Instalacji 1 – Wysokość deklarowanej efektywności instalacji w zakresie energii elektrycznej/ i 2.3 /Efektywność Instalacji 1 – Wysokość deklarowanej efektywności instalacji w zakresie produkcji ciepła/, ale to tylko wzmacnia jego rangę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba uwzględniła także zarzut jedenasty z uwagi na uwzględnienie wskazanych wyżej zarzutów, jak konsekwencje powyższego. Z tej przyczyny, nakazując unieważnienie przez Zamawiającego czynności z dnia 14 lipca 2017 r., nakazując powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której Izba nakazała także Zamawiającemu odrzucenie ofert Przystępującego: ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp. k., z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia wskazanego poniżej).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. 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. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....