

**Sygn. akt: KIO 1199/12**

**Sygn. akt: KIO 1205/12**

## **WYROK**

**z dnia 27 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Członkowie: Małgorzata Rakowska**

**Ewa Rzońca**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 25 czerwca 2012 r. oraz 2, 4, 10, 11 i 23 lipca 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 8 czerwca 2012 r.:

- A. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Hitachi Power Europe GmbH w Duisburgu, Niemcy oraz Polimex – Mostostal S.A. w Warszawie** (sygn. akt KIO 1199/12);
- B. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: China National Electric Engineering Co., Ltd w Pekinie, Chińska Republika Ludowa oraz China Overseas Engineering Group Co., Ltd w Pekinie, Chińska Republika Ludowa** (sygn. akt KIO 1205/12);

w postępowaniu prowadzonym przez **Enea Wytwarzanie S.A. w Świerżach Górnych**

przy udziale uczestników postępowania:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: China National Electric Engineering Co., Ltd w Pekinie, Chińska Republika Ludowa oraz China Overseas Engineering Group Co., Ltd w Pekinie, Chińska Republika Ludowa**, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1199/12 po stronie zamawiającego;

- B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Hitachi Power Europe GmbH w Duisburgu, Niemcy oraz Polimex – Mostostal S.A. w Warszawie**, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1205/12 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala obydwa odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Hitachi Power Europe GmbH w Duisburgu, Niemcy oraz Polimex – Mostostal S.A. w Warszawie** (sygn. akt KIO 1199/12) oraz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: China National Electric Engineering Co., Ltd w Pekinie, Chińska Republika Ludowa oraz China Overseas Engineering Group Co., Ltd w Pekinie, Chińska Republika Ludowa** (sygn. akt KIO 1205/12) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Hitachi Power Europe GmbH w Duisburgu, Niemcy oraz Polimex – Mostostal S.A. w Warszawie** (sygn. akt KIO 1199/12) oraz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: China National Electric Engineering Co., Ltd w Pekinie, Chińska Republika Ludowa oraz China Overseas Engineering Group Co., Ltd w Pekinie, Chińska Republika Ludowa** (sygn. akt KIO 1205/12) tytułem wpisów od odwołań;
  - 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Hitachi Power Europe GmbH w Duisburgu, Niemcy oraz Polimex – Mostostal S.A. w Warszawie** na rzecz **Enea Wytwarzanie S.A. w Świerżach Górnych** (sygn. akt KIO 1199/12) kwotę 3 693 zł 50 gr (słownie: trzy tysiące sześćset dziewięćdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłat skarbowych od pełnomocnictw;

- 2.3. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: China National Electric Engineering Co., Ltd w Pekinie, Chińska Republika Ludowa oraz China Overseas Engineering Group Co., Ltd w Pekinie, Chińska Republika Ludowa** na rzecz **Enea Wytwarzanie S.A. w Świerżach Górnych** (sygn. akt KIO 1205/12) kwotę 3 693 zł 50 gr (słownie: trzy tysiące sześćset dziewięćdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłat skarbowych od pełnomocnictw.

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

.....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 1199/12**

**Sygn. akt: KIO 1205/12**

## **U z a s a d n i e**

Enea Wytwarzanie S.A. w Świerżach Górnych (dalej: „zamawiający”) prowadzi - na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – negocjacje z ogłoszeniem w celu zawarcia umowy na budowę bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne opalanego węglem kamiennym o mocy elektrycznej netto minimum 900 MWe, maximum 1000 MWe w Elektrowni „Kozienice” S.A. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 6 marca 2010 r. pod numerem 2010/S 46 -068322.

Informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Hitachi Power Europe GmbH w Duisburgu, Niemcy oraz Polimex – Mostostal S.A. w Warszawie (dalej „konsorcjum Polimex”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: China National Electric Engineering Co., Ltd w Pekinie, Chińska Republika Ludowa oraz China Overseas Engineering Group Co., Ltd w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (dalej „konsorcjum CNEEC”) otrzymali 28 maja 2012 r. W tym samym dniu konsorcjum Polimex zostało poinformowane o nie odrzuceniu oferty konsorcjum CNEEC (pismo zamawiającego z 28 maja 2012 r. w aktach sprawy).

Uwzględniając powyższe odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Prezes Izby”) wnieśli 8 czerwca 2012 r. konsorcjum Polimex (sprawa o sygn. akt KIO 1199/12) oraz konsorcjum CNEEC (sprawa o sygn. akt KIO 1205/12). Obaj odwołujący przekazali kopię swojego odwołania zamawiającemu zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

### **A - sprawa o sygn. akt KIO 1199/12**

Konsorcjum Polimex wniosło odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez

konsorcjum CNEEC w sytuacji gdy oferta złożona przez to konsorcjum nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”);

- art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez poinformowanie wykonawców o nieprawidłowo dokonanej ocenie oferty konsorcjum CNEEC.

W związku z tym, konsorcjum Polimex wniosło o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego w zakresie oceny oferty konsorcjum CNEEC, dokonania ponownej oceny oferty konsorcjum CNEEC i odrzucenia oferty konsorcjum CNEEC.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania konsorcjum Polimex argumentowało, powołując art. 179 ust. 1 ustawy, że ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. To, że oferta konsorcjum Polimex została uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu, nie oznacza jeszcze, że konsorcjum Polimex uzyskało zamówienie. Istnieje bowiem ryzyko, że konsorcjum CNEEC sklasyfikowane na drugiej pozycji w rankingu ofert, które uzyskało o ok. 5,6 pkt mniej od konsorcjum Polimex, złoży odwołanie, którym doprowadzi do zmiany rankingu ofert. Oferta konsorcjum CNEEC jest tańsza od oferty konsorcjum Polimex. Cena jako kryterium oceny ofert miała wagę 70%, pozostałe kryteria dotyczyły kwestii technicznych. Liczba kryteriów powoduje, że ewentualna zmiana oceny oferty konsorcjum Polimex, chociażby w niektórych z nich, może spowodować szkodę po stronie tego konsorcjum, polegającą na nieuzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Ocena ofert dokonana przez zamawiającego powinna być kompleksowa. Zamawiający powinien zbadać, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu lub jego oferta odrzuceniu. O wszystkich podstawach odrzucenia/wykluczenia każdy uczestnik powinien być powiadomiony. W niniejszym postępowaniu zdaniem konsorcjum Polimex zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty konsorcjum CNEEC. Takie zaniechanie może narazić konsorcjum Polimex na szkodę, w przypadku gdyby konsorcjum CNEEC złożyło odwołanie i skutecznie podważyło punktację przyznaną konsorcjum Polimex. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 bądź 15 dni od dnia przesłania informacji o czynności lub zaniechaniu zamawiającego stanowiącego podstawę jego wniesienia. W dniu 28 maja 2012 r. zamawiający przesłał informację, że uznał ofertę konsorcjum CNEEC za niepodlegającą odrzuceniu i sklasyfikował na drugim miejscu. W ten sposób konsorcjum Polimex otrzymał informację o zaniechaniu odrzucenia przez zamawiającego wadliwej oferty konsorcjum CNEEC, co zdaniem konsorcjum Polimex

narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Ze względu na zasadę koncentracji środków odwoławczych konsorcjum Polimex nie pozostało nic innego, jak tylko złożyć niniejsze odwołanie. Dalej w odwołaniu stwierdzono, że zasada koncentracji środków odwoławczych wielokrotnie była przywoływana w postanowieniach Krajowej Izby Odwoławczej odrzucających odwołania wniesione po terminie, ze względu na jej zignorowanie. Przykładowo przywołał postanowienie KIO z 20 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1237/11), postanowienie KIO z 27 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 792/11), postanowienie KIO z 30 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO 2734/10), postanowienie KIO z 23 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO 2716/10), wyrok KIO z 23 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1434/08, KIO/UZP 1451/08). Zatem niezłożenie niniejszego odwołania, przeczyłoby zasadzie koncentracji środków odwoławczych, zaś jego rozpatrzenie przyczyni się do sprawnego i szybkiego rozpatrzenia wszystkich zarzutów, jakie mogą dotyczyć oceny ofert w niniejszym postępowaniu.

Konsorcjum Polimex wskazywało w odwołaniu, że oferta konsorcjum CNEEC podlega odrzuceniu z postępowania, gdyż jej treść nie odpowiada treści siwz ze względu na przedstawienie Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego (dalej „harmonogram”) niezgodnego z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający określił wymogi odnośnie zawartości oferty m.in. w pkt. 12.2. części I siwz (str. 15 i następane), gdzie wskazał, że wykonawca obowiązany jest do złożenia w tomie II oferty harmonogramu. Postanowienie tej treści jest powtórzone w formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do części I siwz, gdzie zamawiający wskazał, iż obowiązkiem wykonawcy jest przygotowanie załączników z tomu II do oferty. Załączniki tomu II do oferty stanowią załączniki do Kontraktu. W części IV siwz Instrukcja do opracowania załączników znajduje się Instrukcja do opracowania załącznika nr 3 do kontraktu (stanowiącego na etapie oferty załącznik nr 3 do oferty w tomie II oferty), w której zamawiający zawarł wymogi dotyczące przygotowania tego harmonogramu. Harmonogram złożony w ofercie konsorcjum CNEEC nie spełnia wymagań zamawiającego określonych w siwz, gdyż zawiera 25 etapów realizacji, jednakże nie wskazano w żadnym z nich wyszczególnienia jakie faktycznie roboty budowlane, dostawy i usługi będą wykonywane w ramach każdego etapu. Nie spełnione więc zostało wymaganie dotyczące wyszczególnienia od 15 do 20 pozycji w ramach każdego etapu realizacji. Ponadto dokument zatytułowany harmonogram trudno nazwać harmonogramem zgodnie ze znaczeniem tego słowa, gdyż konsorcjum CNEEC nie umieściło w tym dokumencie żadnych dat - kolumna nr 7 „data zakończenia Etapu” nie została wypełniona. Harmonogram złożony przez konsorcjum CNEEC w opinii konsorcjum Polimex nie spełnia więc żadnej z funkcji jakie zostały w zamierzeniu przypisane takiemu dokumentowi przez zamawiającego, gdyż:

- nie pozwala na ustalenie, jakie czynności będą wykonywane przez wykonawcę w jakim czasie;
- nie pozwala na sprawdzenie, czy plan działania wykonawcy jest prawidłowy (zgodny ze sztuką budowlaną i zapisami części technicznej siwz) oraz pozwala na wykonanie bloku w określonym terminie np. zgodnie z zapisami Kontraktu (art. XI) zakończenie montażu jest warunkiem przystąpienia do rozruchu, zakończenie zaś rozruchu jest warunkiem przystąpienia do przejęcia bloku do eksploatacji. W harmonogramie złożonym przez konsorcjum CNEEC brak jest jakichkolwiek informacji, czy takie działania przewidywane przez Kontrakt zostały przez wykonawcę przewidziane oraz odpowiednio skorelowane czasowo;
- nie pozwala na realizację zapisów Kontraktu, który wielokrotnie odnosi się do załącznika w postaci harmonogramu.

Harmonogram jest podstawowym dokumentem niezbędnym w zakresie płatności. Zgodnie z art. III Kontraktu pkt 3.3.1 płatności realizowane są przez zamawiającego na podstawie harmonogramu. Zgodnie z zapisami Kontraktu wykonawca uprawniony jest po zakończeniu etapu realizacji, odbiorze prac wchodzących w zakres takiego etapu (protokoły częściowe) przedstawić etap realizacji do odbioru. Wystawienie protokołu zakończenia etapu realizacji oraz podpisanie go przez zamawiającego uprawnia wykonawcę do wystawienia faktury (płatności) na kwoty wynikające z harmonogramu dla odbieranego etapu realizacji. Zatem uchybienia w harmonogramie złożonym przez konsorcjum CNEEC uniemożliwiają zamawiającemu zarządzanie umową, gdyż nie posiada on informacji, jakie prace wchodzi faktycznie w zakres danego etapu (jakie dostawy, usługi i roboty będą w jego ramach wykonywane) - czyli nie jest w stanie ustalić czy dany etap powinien być odebrany. Harmonogram złożony przez konsorcjum CNEEC nie pozwala również zamawiającemu na planowanie płatności (tj. ustalenie w jakim terminie zamawiający powinien mieć przygotowane środki w odpowiedniej wysokości na zapłacenie wykonawcy wynagrodzenia przypadającego na dany etap);

- nie pozwala zamawiającemu na realizację uprawnień z umowy. Zgodnie z artykułem 18.3.2 Kontraktu zamawiający ma prawo do odstąpienia od Kontraktu lub jego części w przypadku, „jeśli Wykonawca wykonuje swoje zobowiązania wynikające z Kontraktu z istotnym naruszeniem postanowień Kontraktu, w tym w szczególności nie dotrzymuje terminów Etapów Realizacji określonych w Załączniku nr 3 do Kontraktu (Harmonogram Rzeczowo-Finansowy”.

Brak zamieszczenia jakichkolwiek dat w harmonogramie przygotowanym przez

konsorcjum CNEEC uniemożliwia wykonywanie jednego z podstawowych uprawnień przyznanych umową zamawiającemu. Zamawiający w Kontrakcie przewidział jedną z najpoważniejszych sankcji cywilistycznych tj. zakończenia stosunku prawnego łączącego strony, w przypadku braku terminowego wykonywania prac przez wykonawcę. Odwołanie w treści postanowienia umownego nakazuje traktować terminy wskazane w harmonogramie jako wiążące, pod rygorem odstąpienia od umowy (w przypadku ich niedotrzymania). Konsorcjum CNEEC nie określiło dat - uchybiło więc złożeniu wymaganego przez zamawiającego oświadczenia woli.

Wskazane powyżej błędy w przygotowaniu harmonogramu powodują, iż treść oferty złożonej przez konsorcjum CNEEC jest niezgodna z treścią siwz, co skutkuje obowiązkiem zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy. W odwołaniu dodano, że harmonogram stanowi treść oświadczenia woli wykonawcy, i jako taki nie może być uzupełniany w trybie art. 26 ust 3 ustawy. W opisanej sytuacji faktycznej nie może być również poprawiony przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy. Poprawienie omyłki mogłoby być zastosowane przez zamawiającego jedynie w przypadku, gdy z całości oferty wynikałoby inne oświadczenia woli. Wykonawca nie podał większości wymaganych informacji, co niesie za sobą istotne skutki dla możliwości wykonywania Kontraktu. W tym stanie rzeczy w odwołaniu podsumowano, że brak złożenia oświadczenia woli, co do skonkretyzowanych i opisanych etapów realizacji oraz terminów ich wykonywania przez konsorcjum CNEEC, wskazuje na istotną wadę oferty, która powinna zostać odrzucona.

## **B - sprawa o sygn. akt KIO 1205/12**

Konsorcjum CNEEC wniosło odwołanie na zaniechania i czynności zamawiającego w toku postępowania zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Polimex, pomimo, iż:

a) jej treść nie odpowiada treści siwz i została przygotowana niezgodnie z instrukcjami zamawiającego (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy),

b) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy);

- art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Polimex składającego nieprawdziwe informacje dotyczące gwarantowanej sprawności bloku netto na poziomie 45,59% oraz zwwyżki mocy netto bloku ponad minimum 100 Mwe (moc netto bloku



określona została na 1000 MWe netto), które to informacje mają wpływ na ocenę ofert w klasyfikacji końcowej;

- art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez uwzględnienie oferty, która podlega odrzuceniu i nie powinna być rozpatrywana przez zamawiającego przy wyborze najkorzystniejszej oferty;

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp;

- art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1994 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez nieprawidłową ocenę przez zamawiającego, że część protokołu postępowania dotycząca korespondencji zamawiającego z konsorcjum Polimex z 21 maja 2012 r., jest tajemnicą przedsiębiorstwa i nie może być udostępniona konsorcjum CNEEC.

W konsekwencji wniesiono o:

- unieważnienie oceny oferty złożonej przez konsorcjum Polimex oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty konsorcjum Polimex;

- dokonanie ponownej oceny ofert i w jej wyniku:

a) wykluczenie konsorcjum Polimex z postępowania,

b) odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Polimex,

c) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

d) dokonanie wyboru oferty złożonej przez konsorcjum CNEEC, jako najkorzystniejszej;

- ujawnienie części protokołu postępowania w przedmiocie pisma konsorcjum Polimex z 21 maja 2012 r.;

- zasądzenie kosztów postępowania od zamawiającego na rzecz konsorcjum CNEEC według norm przepisowych.

W uzasadnieniu odwołania zauważono, co następuje:

W trakcie przeprowadzania badania i oceny złożonych ofert, zamawiający uznał, że zarówno oferta konsorcjum Polimex, jak i konsorcjum CNEEC spełniają warunki siwz, zaś parametry techniczne podane przez konsorcjum Polimex, mimo iż nadzwyczajnie wysokie, nie budzą jego wątpliwości. Zamawiający nie skorzystał z uprawnień przewidzianych w art. 87 ust. 1 Pzp i nie skierował wezwań w celu ewentualnego wyjaśnienia treści złożonej oferty przez konsorcjum Polimex. Zgodnie z postanowieniami siwz, wykonawcy zobowiązani zostali do przedstawienia w formularzu oferty parametrów finansowych i technicznych (kryteriów oceny ofert) mających finalnie wpływ na ostateczną ocenę ofert i przyznaną punktację.

Kryteria zgodnie z siwz (część I - instrukcja dla wykonawców i wymagania formalnoprawne, rozdział 20, strona 24-28) ze względu na wagę były następujące:

- K1: Cena: waga 70%
- K2: Gwarantowana sprawność netto bloku energetycznego: waga 20%
- K3: Zwyżka mocy powyżej mocy minimalnej: waga 5%
- K4: Okres realizacji bloku: waga 5%

Zgodnie z danymi podanymi przez konsorcjum CNEEC i konsorcjum Polimex w formularzach ofert oraz w następstwie oceny zamawiającego, konsorcja wykonawców uzyskały następującą ilość punktów:

- a) konsorcjum CNEEC: K1 – 70, K2 – 17,028, K3 – 0,950, K4 – 4,085, tj. razem 92,063 pkt.;
- b) konsorcjum Polimex: K1 – 68,653, K2 – 19,063 K3 – 5, K4 – 5, tj. razem 97,716 pkt.

Konsorcjum Polimex, wobec zaproponowania wyjątkowo wysokich parametrów technicznych K2 - gwarantowanej sprawności netto bloku energetycznego (dalej: „sprawność bloku”) oraz K3 - zwyżki mocy powyżej mocy minimalnej (dalej: „moc bloku”) otrzymało odpowiednio 6,085 pkt. więcej w klasyfikacji końcowej, co umożliwiło konsorcjum Polimex zajęcie pierwszego miejsca przy ocenie oferty najkorzystniejszej. Konsorcjum CNEEC, mające na uwadze wprowadzone przez zamawiającego obostrzenia co do ram i granic technicznych oferowanych rozwiązań, wykluczając z użycia niektóre technologie, po dokonaniu analizy zaproponowanych przez konsorcjum Polimex parametrów technicznych, twierdziło, że konsorcjum Polimex po pierwsze złożyło ofertę sprzeczną z treścią siwz w zakresie zaproponowanych rozwiązań oraz podało nieprawdziwe informacje co do możliwych do uzyskania parametrów sprawności bloku i mocy bloku, w celu uzyskania bezprawnie większej ilości punktów w klasyfikacji generalnej, co samo w sobie stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji objęty sankcją przez Pzp.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania konsorcjum CNEEC argumentowało, jak niżej:

#### **I. Niezgodność oferty konsorcjum Polimex z siwz.**

A - rodzaj użytej stali.

Konsorcjum CNEEC podniosło, że zamawiający nałożył szereg ograniczeń, które uniemożliwiły zastosowanie danych urządzeń ze względu na wykorzystywaną technologię i

gabaryty tychże urządzeń (ograniczona ilość miejsca). Zamawiający wykluczył w ostatniej fazie negocjacji możliwość zastosowania pewnych typów materiałów (stali T23 i T24), które przysporzyły szereg problemów podczas podobnych realizacji w Europie Zachodniej, w tym przede wszystkim w Niemczech. Odwołujące się konsorcjum nie zakwestionowało wprowadzonych przez zamawiającego ograniczeń zauważając jednocześnie, że ograniczenia wprowadzone przez zamawiającego spowodowały automatycznie, że nawet przy dobrej woli wykonawców, możliwości techniczne oraz możliwe do uzyskania parametry, zostały istotnie ograniczone, jeżeli wykonawcy zastosowaliby się do ograniczeń siwz. W przeciwnym razie należałoby uznać, że oferty techniczne, wykazujące tak wysokie parametry techniczne, automatycznie powodują konieczność wykorzystania technologii, materiałów, urządzeń, które wykraczają znaczenie poza granice siwz, powodując jednocześnie, że oferta jest niezgodna z treścią siwz. Konsorcjum CNEEC podniosło, że manipulowanie, kształtowanie, modyfikowanie czynników technicznych przez zamawiającego w siwz, od strony technicznej zawsze wywoływać będzie wpływ na efekt końcowy zaproponowanych rozwiązań technicznych, które są możliwe do sprawdzenia, skalkulowania i rzetelniej oceny przez zamawiającego i każdego innego uczestnika działającego w branży energetycznej. W międzynarodowej branży energetycznej, co do zasady ograniczona jest liczba dostawców określonych linii technologicznych, rozwiązań i urządzeń jak również głównych części zamówienia, takich jak kocioł, turbina, generator. Stąd konkurenci w branży energetycznej doskonale zdają sobie sprawę z możliwości konkurencyjnych instalacji, ich wad oraz przewag, prowadzonych badań nad nowymi rozwiązaniami, danych eksploatacyjnych już wykonanych i funkcjonujących na świecie instalacji z określonymi komponentami. Tę wiedzę również powinien posiadać zamawiający (a przynajmniej taką wiedzę winien posiadać doradca techniczny zamawiającego).

Konsorcjum CNEEC stwierdziło, że zamawiający zakazał korzystania ze stali typ T23 i T24. Wskazał na załącznik A5 pkt 2.2.1.2.4 - materiały, prefabrykacja, transport, montaż podpunkt 8 (strona 35), w którym zamawiający odwołał się do §50 (3) rozporządzenia Ministra Gospodarki z 21 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń ciśnieniowych i zespołów urządzeń ciśnieniowych. Użyte do budowy kotła materiały będą spełniać jeden z trzech niżej wymienionych warunków:

- 1) będą zgodne z normami zharmonizowanymi lub
- 2) będą należeć do materiałów objętych europejskim zatwierdzeniem materiałów lub
- 3) uzyskają jednorazowe dopuszczenie materiałów w wyniku potwierdzenia zgodności z rozporządzeniem.

Dalej zamawiający wprost w ppkt. 9 (k.35) zastrzegł, że: „do wytwarzania elementów ciśnieniowych kotła nie dopuszcza się rur ze stali:

- gatunek 7CrWVMoNb 9-6 No. 1.8201;
- gatunek 7CrMoVTiB 10-10 No. 1.7378: według PN-EN10216-2;
- gatunek T23.UNS K40712;
- gatunek T24.UNS K30736, według ASME II. część A . SA 213;
- gatunek P23.UNS K 41650, według ASME II. część A . SA 335.”

Powyższe materiały do wykonania parownika kotła wieżowego, dostępne zgodnie z EN lub ASME, nie są dopuszczone przez zamawiającego w siwz. Zdaniem konsorcjum CNEEC obecnie jedynym dostępnym gatunkiem materiału (stali), który spełnia wymogi zamawiającego jest gatunek 12Cr1MoV (który ma następującą strukturę: 12Cr1MoV). Nie ma żadnego innego dostępnego materiału, który mógłby zostać wykorzystany zgodnie z normami EN lub ASME. Materiał ten (gatunek 12Cr1MoV) nie znalazł się w ofercie konsorcjum Polimex, a zatem oferta konsorcjum Polimex nie spełnia wymogów siwz, co więcej w ofercie konsorcjum Polimex zastosowano zakazaną stal typu T23 i T24. Zgodnie z normami EN lub ASME, nie istnieje żaden inny materiał, który można byłoby wykorzystać, poza materiałami wyłączonymi przez zamawiającego.

#### **B - dane projektowe, wysokość chłodni kominowej przekraczająca limity siwz.**

Zdaniem konsorcjum CNEEC zgodnie z treścią siwz, załącznik A5 pkt 2.2.10.3 - dane projektowe chłodni kominowej (k. 169 ostatni wers), zamawiający określił maksymalną wysokość chłodni kominowej nie większą niż 200 metrów. Z uwagi na ograniczoną dostępność miejsca, średnica chłodni kominowej u podstawy może wynieść maksymalnie 130 metrów. Oferowana przez konsorcjum Polimex moc bloku 1000 MWe uwzględnia potrzeby własne bloku 5-8% (ze względu na zastosowane rozwiązania, o czym w dalszej części) i wyniesie brutto około 1050 MWe~1080 MWe. Biorąc pod uwagę wskazane wymagania, konsorcjum CNEEC obliczyło ilość wody chłodzącej dla takiej mocy brutto bloku 1050-1080 MWe i stwierdziło, że wysokość chłodni musi wynieść ponad 200 metrów (ok. 215m), a jej średnica u podstawy ze względów konstrukcyjnych musi być większa niż 130 metrów, czyli również ponad wartość dopuszczoną przez zamawiającego w siwz. Tym samym opierając się na prostych obliczeniach, oferta konsorcjum Polimex nie jest zgodna z warunkami siwz. Gdyby konsorcjum Polimex zastosowało się do wymogów siwz nie mogłoby zaoferować mocy bloku na poziomie 1000 MWe (1050MWe-1080 MWe brutto).

### **C - prototypowa turbina Hitachi niespełniająca wymogów siwz.**

W opinii konsorcjum CNEEC ograniczona wielkość miejsca dostępnego dla potrzeb posadowienia przyszłego turbozespołu sprawia, że niemożliwym jest zainstalowanie turbozespołu o konfiguracji składającej się z pięciu korpusów, która jest standardową konfiguracją oferowaną dla elektrowni opalanych węglem kamiennym w Polsce o mocy ok. 1000 MWe. Techniczną konsekwencją konieczności dostosowania się do ograniczonej wielkości miejsca na obiekcie zamawiającego, jest zredukowanie liczby korpusów i/lub zmniejszenie mocy turbozespołu.

Spełnienie przez konsorcjum Polimex wymogu związanego z ograniczoną ilością miejsca wskazuje na to, że została wybrana konfiguracja składająca się z 4 (czterech) korpusów. Z kolei oferowana przez Hitachi - konsorcjanta konsorcjum Polimex moc bloku 1000 MWe wskazuje na to, że dla konfiguracji składającej się z 4 (czterech) korpusów wybrano bardzo duże korpusy części niskoprężnej. Takie rozwiązanie może posiadać szereg innowacyjnych elementów o prototypowym charakterze. Konsorcjum CNEEC podniosło, że jego wątpliwości budzi, czy zastosowane przez konsorcjanta Hitachi rozwiązanie z dużymi korpusami części niskoprężnej turbiny (spowodowanymi zastosowaniem bardzo długich łopatek tytanowych), zwłaszcza w zakresie doświadczeń eksploatacyjnych, stoi w zgodzie z wymogami siwz. Według odwołującego się konsorcjum zaproponowane rozwiązanie konsorcjum Polimex jest sprzeczne z treścią poniższych postanowień siwz:

- siwz - część III - załączniki do kontraktu - część techniczna - załącznik A5 wersja b pkt 2.2.1.3.2 ppkt 2 wskazane jest (strona 63), iż „rozwiązania techniczne turbozespołu będą uwzględniały najnowsze osiągnięcia techniki energetyki światowej”;

- siwz - część III - załączniki do kontraktu - część techniczna - załącznik A5 wersja b punkt 2.2.1.3.2 ppkt 5 zawarty jest wymóg, iż: „Uwzględnione zostanie wszelkie ryzyko wynikające z zastosowanej technologii. Proces technologiczny musi być bezpieczny, dlatego podjęte będą wszelkie środki dla uniknięcia niebezpieczeństwa dla obsługi, urządzeń i otoczenia w czasie uruchomienia, normalnego ruchu, odstawień planowanych i awaryjnych oraz przerw w zasilaniu z sieci zewnętrznych.” W odwołaniu wskazano, że prototypowa turbina Hitachi zaoferowana przez konsorcjum Polimex (nie funkcjonująca jeszcze nigdzie na świecie w zastosowaniu komercyjnym - byłoby to jej pierwsze zastosowanie na świecie) nie spełnia wymogu najnowszych osiągnięć techniki w związku z brakiem wykorzystania jej w innych projektach, które pozwoliłyby na potwierdzenie, iż rzeczywiście zaoferowane rozwiązania dotyczące turbozespołu zostały osiągnięte. Nadto pkt 2 należy interpretować przez pryzmat wymogu pkt. 5, który obliguje wykonawców do zaoferowania produktów technologicznie

bezpiecznych. Stwierdzenie, czy zaproponowane rozwiązanie jest bezpieczne, musi się opierać na doświadczeniu w komercyjnym użytkowaniu turbiny przed zaoferowaniem go w ofercie. Taki warunek spełnia turbozespół produkowany przez firmę SIEMENS zaoferowany przez konsorcjum CNEEC w ofercie, sprawdzony w eksploatacji i funkcjonujący w wielu elektrowniach na świecie, natomiast warunku takiego nie spełnia zaoferowana przez konsorcjum Polimex prototypowa turbina Hitachi.

Kwestia możliwości zaoferowania przez konsorcjanta Hitachi prototypu takiej turbiny w postępowaniu przetargowym prowadzonym równolegle w Tauron Wytwarzanie S.A., dotyczącym również budowy bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne, była już przedmiotem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, zakończonego wyrokiem z dnia 22 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 471/12), w której oddalono odwołanie konsorcjanta Hitachi żądającego możliwości zaproponowania w ofercie końcowej rozwiązań prototypowych, do tej pory niewdrożonych na rynku.

Konsorcjum CNEEC wskazało także na wątpliwość, czy turbina Hitachi z prototypowymi rozwiązaniami spełni wymogi dotyczące cykli remontowych bloku, przedstawione w siwz (część III - załączniki do kontraktu - część techniczna - załącznik A5 wersja b pkt 2.2.1.3.2. ppkt 8), w której zamawiający postanowił, że „Turbozespół będzie dostosowany do cykli remontowych bloku, przedstawionych w punkcie 1.3. niniejszego Załącznika A5”. Zaoferowana przez konsorcjum Polimex turbina nie będzie dostosowana do cykli remontowych wymaganych przez zamawiającego w siwz, stąd również w tym miejscu przedmiot oferty jest niezgodny z treścią siwz.

Biorąc pod uwagę prototypowość turbiny zaoferowanej przez Hitachi, zamawiający winien mieć na względzie również fakt, iż rozwiązania prototypowe nie są często ubezpieczone przez towarzystwa ubezpieczeniowe (właśnie ze względu na ryzyko wynikające z prototypu), co może mieć bezpośredni wpływ na finansowanie projektu przez zamawiającego, wobec faktu, iż instytucje finansowe bezpośrednio lub pośrednio finansujące projekt żądają takich ubezpieczeń, na wypadek niepowodzenia w eksploatacji prototypów urządzeń (tym samym niemożliwości generowania zamierzonych przychodów).

II. Podanie nieprawdziwych informacji przez konsorcjum Polimex.

Konsorcjum CNEEC powołując treść art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp podniosło, iż przesłankami

wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu są: 1) złożenie nieprawdziwych informacji oraz 2) wpływ nieprawdziwych informacji na wynik prowadzonego postępowania, które to przesłanki muszą być spełnione łącznie.

Dalej argumentowano, iż jednym z kryteriów cząstkowych oceny ofert, mającym wpływ na obliczenie ilości punktów przyznanych za zapewnienie gwarantowanych paramentów technicznych i zastosowanych rozwiązań technicznych była wspomniana sprawność bloku i moc bloku. Niespotykane przy tego typu inwestycjach parametry techniczne podane przez konsorcjum Polimex miały istotny wpływ na uzyskanie przez konsorcjum Polimex dodatkowych punktów w wysokości 6,085 oraz końcową klasyfikację i wybór oferty jako najkorzystniejszej. O ile wykonawcy mogli kształtować wysokość cen, które są konkluzją ich decyzji, o tyle niemożliwym było swobodne, oderwane od rzeczywistości określanie punktowanych parametrów technicznych, których osiągnięcie opiera się na dostępnych rozwiązaniach technicznych podlegających prawom i zasadom chemii, fizyki i matematyki, które to zasady są jednoznaczne, stałe i policzalne, a ze względu na restrykcje wprowadzone przez zamawiającego w siwz ograniczone do określonych technologii. Dlatego też konsorcjum CNEEC podało w swojej ofercie parametry techniczne na realnym poziomie, co było konsekwencją rzetelnego podejścia do wymagań zamawiającego i możliwości technicznych dostępnych w aktualnym stanie wiedzy i rozwiązań, a także ram narzuconych przez zamawiającego w siwz oraz opisanych powyżej w części dotyczącej niezgodności oferty konsorcjum Polimex z siwz. Oświadczenia, zapewnienia i gwarantowanie, iż możliwym jest osiągnięcie zawyżonych parametrów przedstawionych w ofercie konsorcjum Polimex, przy jednoczesnym dotrzymaniu pozostałych gwarantowanych parametrów technicznych, jest podawaniem przez konsorcjum Polimex w pełni świadomie informacji nieprawdziwych, które umożliwiły mu bezprawne uzyskanie dodatkowych punktów i miało w konsekwencji bezpośredni wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne, plasując konsorcjum Polimex na pierwszym miejscu.

Zdaniem konsorcjum CNEEC zamawiający po otwarciu ofert, wiedząc, co jest przedmiotem zamówienia zgodnie z siwz i jakie są maksymalne granice techniczne narzucone przez niego w siwz, po otrzymaniu i zapoznaniu się z oświadczeniem konsorcjum Polimex dotyczącym możliwości osiągnięcia parametrów technicznych, winien wszcząć odpowiednie postępowanie wyjaśniające, mające na celu zweryfikowanie, czy rzeczywiście parametry wskazane w ofercie konsorcjum Polimex są możliwe do osiągnięcia według poziomu aktualnej wiedzy technicznej i osiągnięć nauki, czy też były zawyżone. Po przeprowadzeniu

takiego postępowania zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę konsorcjum Polimex na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne, a następnie jego ofertę odrzucić. Nieprawdziwe informacje zawarte przez konsorcjum Polimex w złożonej ofercie w celu uzyskania w sposób bezprawny dodatkowych punktów, umożliwiły mu uzyskanie pierwszej pozycji po przeprowadzeniu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o zamówienie publiczne. Takie nieprawdziwe informacje miały zatem istotny wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne i pozbawiły konsorcjum CNEEC możliwości uzyskania zamówienia publicznego. Wybór oferty najkorzystniejszej winien nastąpić wyłącznie spośród ofert wykonawców, którzy dają rzeczywistą gwarancję realizacji zamówienia publicznego z należytą starannością, zgodnie z celem zamówienia publicznego i zamierzonymi przez zamawiającego efektami określonymi w siwz. Przepis ten ma również powstrzymywać wykonawców przed bezprawnym manipulowaniem nieprawdziwymi informacjami, mającymi wpływ na wynik postępowania, umyślnie podawanymi w celu uzyskania zamówienia publicznego. Omawiany przepis ma charakter imperatywny - zamawiający, otrzymując od wykonawców w ofertach oświadczenia zawierające informacje budzące oczywiste wątpliwości, winien dążyć do ich wszechstronnego wyjaśnienia, w celu ochrony własnego interesu gospodarczego, jak i środków publicznych, tym bardziej, jeżeli wartość zamówienia jest wyjątkowo wysoka (tak jak w tym przypadku, gdy wartość zamówienia przekracza 6 mld zł (słownie: sześć miliardów złotych)).

Konsorcjum CNEEC przeanalizowało podane przez konsorcjum Polimex punktowanie przez zamawiającego i skonfrontowało je z warunkami technicznymi i ograniczeniami nałożonymi przez zamawiającego w treści siwz stwierdzając, po dokonaniu kalkulacji i obliczeń, mając na uwadze zasady matematyki, fizyki, chemii, iż podane przez konsorcjum Polimex parametry mocy bloku 1000 MWe i Sprawności Bloku na poziomie 46,59% są umyślnie zawyżone w celu uzyskania większej ilości punktów w klasyfikacji końcowej, nie odpowiadające rzeczywistym wartościom.



### Sprawność kotła wpływająca na parametry punktowane:

Sprawność kotła (mająca wpływ na punktowane parametry techniczne) została przez konsorcjum CNEEC wyliczona na podstawie parametrów węgla określonych przez zamawiającego w załączniku A4 do siwz. W odwołaniu stwierdzono, iż nie jest możliwe, aby sprawność kotła mogła przekroczyć poziom 94,5% (po uwzględnieniu optymalizacji procesu spalania); jej maksymalna wartość wyniesie jedynie 94%. Szczegółowe wyliczenia zamieszczono w tabeli poniżej:

Strata spalin suchych	%	4,41
Strata wynikająca ze spalania wodoru	%	0,30
Strata ciepła wynikająca z zawartości wilgoci w paliwie	%	0,11
Strata ciepła wynikająca z zawartości wilgoci w powietrzu	%	0,10
Strata ciepła wynikająca z niespalonego węgla	%	0,50
Ciepło przekazane - przez promieniowanie i konwekcję	%	0,19
Pozostałe straty ciepła	%	0,30
Całkowita suma strat	%	5,90
Obliczona sprawność cieplna	%	94,10
Margines błędu	%	0,1
Gwarantowana sprawność =	%	94,00
Temperatura spalin na wylocie z kotła (zrewidowana)	°C	119

Tym samym, jeżeli maksymalna sprawność kotła wynosi maksymalnie 94%, to nie jest prawdziwym (nie broni się obliczeniowo w żaden sposób) parametr podawany przez konsorcjum Polimex, iż sprawność bloku wynosi 45,59%. Przy sprawności kotła na poziomie 94% musi być on znacznie niższy niż 45,59%. Analizując dalej podawany przez konsorcjum Polimex parametr sprawności bloku na poziomie 45,59%, mając na uwadze wymogi siwz, w odwołaniu wskazano, że konsorcjum Polimex musi spełnić wymogi części III siwz - aneks nr 5 wersja B, punkt 2.2.1.4.3, i wybrać jedną z niżej opisanych metod:

- W przypadku zastosowania pompy wody zasilającej (w układzie 1x100%) z napędem turbinowym, aby uzyskać sprawność bloku netto na poziomie 45,59%, jednostkowe

zużycie ciepła przez turbinę parową musi wynosić poniżej 7100KJ/kWh, sprawność kotła powyżej 94,5%, a zużycie mocy na potrzeby obsługi elektrowni (obciążenie własne lub potrzeby własne) musi wynieść poniżej 5% itd. Tymczasem, jednostkowe zużycie ciepła przez turbinę parową Hitachi wynosi powyżej 7100KJ/kWh, a sprawność kotła nie przekroczy 94,5% (wspomniane max. 94%), a zatem podawana przez konsorcjum Polimex sprawność bloku na poziomie 45,59% nie jest wartością prawdziwą.

- W przypadku zastosowania pomp wody zasilającej (w układzie 2x50%), aby uzyskać sprawność bloku netto na poziomie 45,59%, jednostkowe zużycie ciepła przez turbinę parową musi wynosić poniżej 6850KJ/kWh, sprawność kotła powyżej 94,5%, a zużycie mocy na potrzeby obsługi elektrowni (obciążenie własne lub potrzeby własne) musi wynieść poniżej 8% itd. Tymczasem jednostkowe zużycie ciepła przez turbinę parową Hitachi w takim układzie wynosi powyżej 6850KJ/kWh, a sprawność kotła nie przekroczy 94,5%, (max. 94%), a zatem podawana przez konsorcjum Polimex sprawność bloku na poziomie 45,59% nie jest również wartością prawdziwą.

Błędnym zatem w opinii konsorcjum CNEEC jest zachowanie zamawiającego, który bezkrytycznie i bezrefleksyjnie przyjął oświadczenia konsorcjum Polimex w zakresie parametrów technicznych zaproponowanych w ofercie, nie zrewidował ich, uznając je za informacje prawdziwe. Posiadając specjalistyczną wiedzę na temat sprawności bloku i zwyżki mocy, wydajności rozwiązań technicznych określonych w siwz i możliwości technicznych przy budowie bloków energetycznych, zamawiający był w stanie dokonać prawidłowej oceny informacji podanych przez konsorcjum Polimex, a jednak zaniechał jej, a w rezultacie nie wykluczył wykonawcy konsorcjum Polimex z postępowania i nie odrzucił jego oferty.

- III. Zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Polimex, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Konsorcjum CNEEC podniosło dalej, że konsorcjum Polimex dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie oferty zawierającej nieprawdziwe i zawyżone parametry techniczne dotyczące sprawności bloku i zwyżki mocy, podlegające ocenie przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Generalną zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy, jest przygotowanie i przeprowadzenie go w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada ta odnosi się również do czynności oceny ofert pod względem wymagań z siwz, jak również wyboru najkorzystniejszej z nich. Zgodnie z treścią

art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy, zamawiający jest obowiązany obligatoryjnie odrzucić taką ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji, lecz w tym zakresie odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która wskazuje w art. 15 ust. 1, iż jednym z czynów nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, przywołując w tym przepisie otwarty katalog przejawów takich działań, przy czym podane wyliczenie ma charakter jedynie przykładowy. Dla stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarczające jest ustalenie ziszczenia się kumulatywnie przesłanek, iż zachowanie przedsiębiorcy jest bezprawne, jako sprzeczne nie tylko z przepisami, ale z dobrymi obyczajami, a ponadto szkodliwe, gdyż zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. KIO 640/11). Zatem przedstawienie przez wykonawców nierealnych warunków realizacji zamówienia (w analizowanych sprawach - w odniesieniu do nierealnej długości gwarancji, w przedmiotowej sprawie - do nierealnych parametrów technicznych przedstawionych przez konsorcjum Polimex) powinno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazanie przez konsorcjum Polimex zawyżonych parametrów technicznych spowodowało, iż konsorcjum CNEEC, które złożyło realną ofertę (i przyjęło w niej parametry techniczne stanowiące przejaw rzetelnego podejścia do obowiązujących realiów technicznych i ograniczeń nałożonych przez zamawiającego), jest automatycznie wykluczony z możliwości uzyskania zamówienia, nawet proponując niższą cenę. W celu konkurencji z ofertą zawierającą sztucznie zawyżone parametry techniczne złożoną przez konsorcjum Polimex, konsorcjum CNEEC musiałoby również sztucznie zaniżyć/ zawyżyć pozostałe kryteria wpływające na sposób oceny oferty (tj. cenę i pozostałe parametry techniczne), co byłoby działaniem sprzecznym z prawem. Biorąc powyższe pod uwagę oferta konsorcjum CNEEC, uwzględniająca realne warunki techniczne i finansowe, nie może rywalizować z ofertą sprawności bloku i zwyżki mocy, w której podano nieprawdziwe wartości techniczne, w tym gwarancji osiągnięcia sprawności bloku netto oraz zwyżki mocy, których realne wykonanie i osiągnięcie, w myśl obecnego stanu wiedzy technicznej i osiągnięć nauki, jest zdaniem konsorcjum CNEEC niemożliwe. Konieczność takiej nieuczciwej rywalizacji w stopniu znaczącym utrudnia innym przedsiębiorcom ubieganie się o zamówienie, a wręcz wyklucza innych wykonawców podających prawdziwe, uzasadnione technicznie i naukowo dane, z uzyskiwania zamówień, ograniczając w ten sposób dostęp do rynku (w konkretnym przypadku - zamówień publicznych). Takie działanie konsorcjum Polimex stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający będący profesjonalistą w branży energetycznej powinien, dbając o zasadność wydatkowania środków publicznych, otrzymując takie dane w ofercie konsorcjum Polimex, co najmniej je zweryfikować i w przypadku stwierdzenia, że doszło do naruszenia

zasad uczciwej konkurencji odrzucić ofertę konsorcjum Polimex. Czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wpisuje się w klauzulę generalną wyrażoną w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która wskazuje, iż „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Przepis ogólny, jakim niewątpliwie jest art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz następne szczegółowe, w tym art. 15 ust. 1, uzupełniają się i mogą być stosowane kumulatywnie (tak SN w wyroku z 16 kwietnia 2009 r., sygn. I CSK 24/09). Art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi wprost, iż utrudnianiem innym przedsiębiorcom dostępu do rynku jest również działanie mające na celu wymuszenie na klientach (w tym przypadku zamawiającym) wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy (w tym przypadku konsorcjum Polimex). Konsorcjum Polimex składając ofertę w postępowaniu i podając świadomie nierealne, wygórowane wartości i parametry techniczne dopuściło się właśnie takiego czynu nieuczciwej konkurencji. Czyn ten również wyczerpuje dyspozycję art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na ograniczeniu w istotny sposób możliwości dokonania zakupu u innego niż konsorcjum Polimex przedsiębiorcy (jak np. u konsorcjum CNEEC). W ocenie konsorcjum CNEEC sztuczne i świadome zawyżanie możliwych do osiągnięcia parametrów technicznych przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie i dokładnie znającego realia rynku energetycznego jest sprzeczne także z szeroko pojętymi dobrymi obyczajami, jako że profesjonaliści powinni operować danymi, które znajdują oparcie w obowiązujących realiach technicznych, i które są w stanie udowodnić. Zaproponowanie przez konsorcjum Polimex nierealnych parametrów technicznych, które są istotnym kryterium wyboru ofert, jest niewątpliwie czynem nieuczciwej konkurencji mającym na celu eliminację innych wykonawców z uzyskania zamówienia publicznego. Takie zachowanie zagraża uzasadnionym interesom innych przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie publiczne.

IV. Zaniechanie ujawnienia wyjaśnień konsorcjum Polimex z dnia 21 maja 2012 r. W odwołaniu podniesiono, że konsorcjum Polimex w niniejszym postępowaniu zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa część oferty technicznej, co uniemożliwia konsorcjum CNEEC pełne jej przeanalizowanie przed wniesieniem niniejszego odwołania. Jak podkreśla się w orzecznictwie „Sprzeczne z istotą i celem konkurencji jest (...) takie „utrudnianie”, które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, to jest głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego, swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich

działalności gospodarczej ulega ograniczeniu". Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest niczym innym, jak rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług (wyrok KIO z 21 września 2009 r., KIO/UZP 1140/09). W przedmiotowej sprawie taka konfrontacja w pełnym zakresie nie była możliwa. Tym samym konsorcjum CNEEC wskazało, że oferta konsorcjum Polimex, zawierająca zawyżoną wartość parametrów technicznych (co bezpośrednio ma wpływ na proces wyboru oferty najkorzystniejszej), nie powinna podlegać czynności oceny, lecz zostać odrzucona zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy.

Odmowa ujawnienia załącznika do protokołu, który winien być jawny od dnia ogłoszenia wyboru oferty najkorzystniejszej. Po ogłoszeniu przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej 28 maja 2012 r., konsorcjum CNEEC złożyło 29 maja 2012 r. wniosek o udostępnienie do wglądu protokołu postępowania, w tym w szczególności korespondencji pomiędzy zamawiającym i konsorcjum Polimex, które to załączniki do protokołu postępowania zgodnie z art. 96 ust. 2 Pzp są jawne po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Podczas wizyty 1 czerwca 2012 r. w siedzibie zamawiającego, konsorcjum CNEEC poprosiło o udostępnienie załącznika do protokołu: odpowiedzi konsorcjum Polimex z 21 maja 2012 r., w którym konsorcjum Polimex uzasadnia i wykazuje wystąpienie przesłanek uznania części zastrzeżonej oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający odmówił okazania tego pisma. Treść art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. O ile można zdaniem konsorcjum CNEEC przyjąć ewentualnie, że w przypadku wyjaśnień treści oferty technologicznej, finansowej dokonywanej przez wykonawcę może on, wyjaśniając zamawiającemu pewne kwestie technologiczne, przedstawiać tajemnicę przedsiębiorstwa, o tyle pismo konsorcjum Polimex z 21 maja 2012 r., w którym uprawdopodobnia jakie cechy wymagane przez art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji posiadają zastrzeżone załączniki pisma, nie mogą mieć *per se* waloru tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie jest bowiem zasadnym podtrzymywanie przez zamawiającego takiego zastrzeżenia w sytuacji, gdy pismo z 21 maja 2012 r. nie może zawierać tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z legalną jej definicją. Zamawiający ograniczył się tylko do przyjęcia pisma konsorcjum Polimex z 21 maja 2012 r. i nie zweryfikował wnikliwie zasadności jego zastrzeżenia pod kątem tajemnicy i ponownie bezrefleksyjnie

poprzestał w zasadzie na powiadomieniu konsorcjum CNEEC 1 czerwca o braku zgody konsorcjum Polimex, co do wyłączenia jawności pisma zawierającego uzasadnienie wystąpienia formalnych przesłanek umożliwiających zastrzeżenie części technicznej oferty i części załączników finansowych. Prezentowanie przez konsorcjum Polimex ustawowych prawnych przesłanek i podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera i nie może zawierać w sobie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej technologii, organizacji, know how. Na zamawiającym spoczywa obowiązek stosowania i przestrzegania zasady, określonej przepisem art. 8 ust. 1 ustawy, tj. zasady jawności prowadzonego postępowania i zapewnienia jak najdalej idącej transparentności postępowania, której w tym konkretnym postępowaniu zamawiający nie podolał w pełni.

W podsumowaniu uzasadnienia zarzutów odwołania wskazano, że zamawiający bezrefleksyjnie odniósł się do wysokości parametrów technicznych przedstawionych przez konsorcjum Polimex dotyczących sprawności bloku i wyżki mocy, które są niespotykane na skalę światową, mając na uwadze ograniczenia technologiczne nałożone przez zamawiającego w siwz i nie podjął wysiłku, aby wyjaśnić w trybie art. 87 ust.1 Pzp podstawy uzyskania tak wysokich parametrów technicznych. Oferenci zobligowani są do przedstawienia zamawiającemu rzeczywistych parametrów technicznych, wyliczonych na podstawie dostępnych danych, w tym warunków bezpośrednio postawionych w siwz. Prawdziwość i rzetelność danych w tym zakresie jest niezwykle istotna przede wszystkim z uwagi na fakt, że dane te są oceniane przez zamawiającego, jako kryteria oceny ofert. Natomiast zamawiający zobligowany jest do wnikliwego badania zaoferowanych przez konsorcjum Polimex parametrów pod kątem ich prawdziwości i wyciągnięcia z tego wniosków zgodnie z dyspozycjami nałożonymi przez ustawę.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również dokumentację postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1161/12, biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w toku postępowania odwoławczego, w tym podczas posiedzenia i rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Status uczestników postępowania uzyskali konsorcjum CNEEC oraz konsorcjum Polimex, skutecznie przystępując do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego odpowiednio w sprawie o sygn. akt KIO 1199/12 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 1205/12.

## **A – sprawa o sygn. akt KIO 1199/12**

Konsorcjum Polimex nie jest legitymowane do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (przesłanki materialno-prawne wniesienia odwołania).

Izba ustaliła, że zamawiający 28 maja 2012 r. za najkorzystniejszą uznał ofertę odwołującego się konsorcjum Polimex. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty – żadnej z nich zamawiający nie odrzucił. Żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania. W odwołaniu zostały sformułowane zarzuty dotyczące oferty konsorcjum CNEEC.

Zważywszy powyższe należy wskazać, iż odwołujący jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, gdyż posiada status wykonawcy, jednak nie jest legitymowany do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Izby odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Złożył ofertę - i to najkorzystniejszą – zatem niewątpliwie ubiegając się, jako wykonawca, o zamówienie w tym postępowaniu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Do rozstrzygnięcia pozostaje, czy w stanie faktycznym sprawy odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku wskazywanych w odwołaniu naruszeń ustawy.

W tym miejscu zasadne jest wskazanie, że ani w kodeksie cywilnym, ani w Pzp pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednak trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 Pzp podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż

wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom Pzp. Konieczne jest tym samym wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy wymaga podkreślenia, że powoływane w odwołaniu uchybienia dotyczą oceny ofert konkurencji – konsorcjum CNEEC, które uzyskało mniejszą niż odwołujące się konsorcjum Polimex liczbę punktów i zajęło w rankingu ofert drugie miejsce. W okolicznościach sprawy potwierdzenie się zarzutów odwołania pozostawałoby bez wpływu na możliwość uzyskania przez odwołujące się konsorcjum Polimex przedmiotowego zamówienia. Zaniechanie odrzucenia oferty niżej sklasyfikowanej niż oferta odwołującego konsorcjum w żadnym razie nie wpływa na sferę ochrony jego interesów związanych z ochroną prawa do uzyskania przezeń zamówienia. Konsorcjum CNEEC nie wykazało, w jaki sposób pozostanie oferty konkurencji w postępowaniu, może skutkować wyrządzeniem mu szkody, zagrażając jego pozycji, jako składającemu ofertę najkorzystniejszą. Składanie środków ochrony prawnej w stosunku do ofert i wykonawców zajmujących niższą pozycję w rankingu jest zbędne, także uwzględniając powoływaną przez odwołującego zasadę koncentracji środków ochrony prawnej. W przypadku dokonania ponownej oceny ofert, na tę czynność przysługiwać będzie konsorcjum Polimex prawo wniesienia odwołania i termin na jej zakwestionowanie będzie liczony zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp, tj. od przesłania przez zamawiającego informacji o nowej czynności/zaniechaniu zamawiającego. Odwołanie zatem nie będzie wówczas mogło być uznane za spóźnione i w związku z tym odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołanie zostanie odrzucone



natomiast, gdy dotyczyć będzie czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu (art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp) lub odwołujący powoła się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego (art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp). Zdaniem Izby jednak ta ostatnia przesłanka odrzucenia odwołania nie zaktualizuje się w sytuacji, gdy Izba oddaliła odwołanie ze względu na brak legitymacji czynnej po stronie odwołującego – wówczas nie dochodzi bowiem do rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp. W konsekwencji należy wskazać, że odwołujący nie poniósł i nie może ponieść szkody w wyniku powołanych w odwołaniu naruszeń ustawy (tak też wyrok KIO z 25 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 718/12).

Tym samym w niniejszym postępowaniu wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania co najmniej możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę, iż konsorcjum Polimex wykazało interes, a możliwości poniesienia szkody nawet nie uprawdopodobniło, zasadnym jest przyjęcie, że na gruncie badanej sprawy nie jest legitymowane do wniesienia odwołania.

## **B – sprawa o sygn. akt KIO 1205/12**

Konsorcjum CNEEC jest legitymowane do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba oddaliła odwołanie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, należy wskazać, co następuje:

**Ad. I.A. Zarzut niezgodności oferty konsorcjum Polimex z siwz w zakresie dotyczącym rodzaju użytej stali.**

Zarzut nie potwierdził się.

Kluczowe znaczenie dla oceny zasadności rozpoznawanego zarzutu odwołania przyznać należy - poza treścią oferty konsorcjum Polimex - treści odnośnych postanowień siwz. Siwz jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony określa wymagania, które mają spełniać wykonawcy i ich oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu, badając i oceniając oferty, zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Żeby stwierdzić, iż w okolicznościach danej sprawy zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (niezgodność treści oferty z treścią siwz niepodlegająca korekcie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) zamawiający zobowiązany jest porównać treść siwz z treścią oferty (oświadczenie woli w rozumieniu art. 60 kc w zw. z art. 14 Pzp) i gdy stwierdzi niemożliwe do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz nie dające się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 Pzp niezgodności, zobowiązany jest do odrzucenia oferty. Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach siwz, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia siwz były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba ustaliła, że zamawiający w siwz określił rodzaje stali, których użycie przez wykonawców dla wytworzenia elementów ciśnieniowych kotła, w tym parownika kotła wieżowego, było niedopuszczalne, tj.

- gatunek 7CrWVMoNb 9-6 Nr 1.8201;
- gatunek 7CrMoVTiB 10-10 Nr 1.7378;
- gatunek T23,UNS K40712;
- gatunek T24,UNS K30736, według ASME II, część A, SA 213;
- gatunek P23,UNS K 41650, według ASME II, część A, SA 335.

Nie dopuszczono także żadnych innych stali o tym samym lub zbliżonym składzie chemicznym (będących odpowiednikiem ww. gatunków) (część III, załącznik A5 pkt 2.2.1.2.4 ppkt 9, k.35 siwz). Nie jest sporne, iż zamawiający nie zezwolił na wykorzystanie stali T23 i T24.

Konsorcjum Polimex nie użyło do budowy elementów ciśnieniowych kotła, w tym parownika kotła wieżowego, żadnego z niedopuszczonych przez zamawiającego w siwz rodzajów stali, w tym stali T23 i T24 (załącznik B6, pkt 1.1 tabela, poz. 22 – 26, k. 9 i 10 oraz załącznik B8, k.3929 i 3933 oferty konsorcjum Polimex). Konsorcjum Polimex nie wskazało w omawianym zakresie także powołanej w odwołaniu stali 12Cr1MoV, choć zamawiający w siwz nie zakazał użycia tego rodzaju stali, a konsorcjum CNEEC nie udowodniło twierdzeń odwołania, że jedynym dostępnym gatunkiem stali spełniającym wymagania zamawiającego, w tym zgodnym z normą EN lub ASME, jest gatunek 12Cr1MoV.

Uwzględnivszy zatem przytoczoną treść siwz oraz treść oferty konsorcjum Polimex Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w omawianym zakresie nie potwierdził się. Konsorcjum Polimex nie użyło w ofercie ani rodzaju stali wprost niedopuszczonego przez zamawiającego w siwz, ani rodzaju stali o „zbliżonym składzie chemicznym”. Podkreślenia wymaga, iż pojęcie „zbliżony skład chemiczny” nie zostało przez zamawiającego w siwz sprecyzowane, zatem zamawiający nie jest uprawniony, aby w okolicznościach sprawy stwierdzić w tym zakresie niezgodność treści oferty konsorcjum Polimex z treścią siwz. Jak wynika ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie niejasności czy niedoskonałości siwz zamawiający zobowiązany jest interpretować na korzyść wykonawcy, którego nie mogą obciążać konsekwencje nieprecyzyjnych postanowień siwz, czy błędy popełnione przez zamawiającego w fazie przygotowywania postępowania (sporządzania siwz). Gdyby zamawiający odrzucił na tej podstawie ofertę konsorcjum Polimex zobowiązany byłby udowodnić twierdzenie, że użyta przez konsorcjum Polimex stal ma zbliżony skład chemiczny do stali wprost

niedopuszczonych w siwz. Uwzględniając fakt, iż pojęcie to nie zostało zdefiniowane w siwz zamawiający prawidłowo przyjął, oceniając ofertę konsorcjum Polimex, że stal użyta przez to konsorcjum w ofercie odpowiada siwz. Izba zatem nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w omawianym zakresie.

Odnosząc się do argumentacji konsorcjum CNEEC przedstawionej w toku rozprawy 10 i 11 lipca 2012 r. oraz w piśmie procesowym z 13 lipca 2012 r., że zastosowanie przez konsorcjum Polimex stali 13CrMo4-5 (ekwiwalent T21) lub 10CrMo9-10 (ekwiwalent T22) uniemożliwia osiągnięcie zakładanych w ofercie konsorcjum Polimex (z uwzględnieniem wymagań siwz w zakresie dotyczącym parametrów części ciśnieniowej kotła i dopuszczalnych materiałów oraz ich właściwości i parametrów dotyczących cykli remontowych, żywotności bloku oraz wytrzymałości części ciśnieniowych kotła) parametrów wytrzymałościowych kotła oraz nie gwarantuje przeprowadzenia remontów w cyklach wymaganych w siwz, Izba wyraża pogląd, iż zarzut taki nie został sformułowany przez odwołującego w odwołaniu. Zarzut postawiony w odwołaniu dotyczył rodzaju użytej przez konsorcjum Polimex stali, w kontekście rodzajów stali zakazanych przez zamawiającego w siwz, Konsorcjum CNEEC w odwołaniu wskazało także, że nie jest możliwe zastosowanie przez konsorcjum Polimex stali 12Cr1MoV, jako jedynej dostępnej, spełniającego wymagania zamawiającego. W odwołaniu nie zawarto natomiast rozważań dotyczących tego, że inne dopuszczalne na rynku rodzaje stali, w tym T21 i T22 (ewentualnie ich ekwiwalenty) nie mogą być zastosowane przez konsorcjum Polimex, gdyż ich użycie spowodowałoby, że nie będzie możliwe osiągnięcie parametrów wytrzymałościowych zaoferowanego kotła, przy zastosowaniu którego można osiągnąć sprawność bloku 45,95%. Jakkolwiek rozważania konsorcjum CNEEC musiałyby być, z racji objęcia informacji zawartych w części technicznej oferty konsorcjom Polimex tajemnicą przedsiębiorstwa, oparte na pewnych hipotetycznych założeniach (tak jak to ma miejsce w odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania), jednak aby można było stwierdzić, że zarzut został w odwołaniu podniesiony (Izba zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp), konsorcjum CNEEC powinno choćby ogólnikowo wskazać na okoliczności faktyczne mogące przemawiać za niemożliwością osiągnięcia parametrów wytrzymałościowych przez kocioł oferowany przez konsorcjum Polimex. Takich stwierdzeń w odwołaniu brak.

#### **Ad. I.B. Zarzut niezgodności oferty konsorcjum Polimex z siwz w zakresie dotyczącym wysokości chłodni kominowej.**

Zarzut nie potwierdził się.

Izba ustaliła, co następuje:

- zamawiający określił w siwz (część III, załącznik A5 pkt 2.2.10.3, k. 169 siwz) maksymalną wysokość chłodni kominowej na 200 m (okoliczność niesporna); zamawiający wprost nie określił maksymalnej średnicy chłodni kominowej;
- konsorcjum Polimex zaoferowało chłodnię kominową o wysokości nie przekraczającej 200 m oraz o średnicy chłodni kominowej powyżej 135 m (załącznik B6 pkt 8.1, poz. 18 tabeli – wymiary gabarytowe, wysokość chłodni ponad krawędzią zbiornika oraz średnica zewnętrzna zbiornika wody, k. 2852 oferty konsorcjum Polimex);
- konsorcjum CNEEC zaoferowało chłodnię kominową o średnicy 140 m (załącznik B6 pkt 8.1, poz. 18 tabeli, tiret czwarty oferty konsorcjum CNEEC);
- przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i zrealizowanie bloku energetycznego w sposób zgodny z kontraktem (część I, definicje - pkt 1.12, k. 7 siwz oraz część IV – artykuł I, pkt 1.1 siwz); szczegółowy zakres i opis przedmiotu zamówienia oraz warunki jego wykonania przedstawione są w części II siwz - informacje i dokumenty związane z inwestycją oraz w załączniku 2 do kontraktu – część techniczna (część III siwz) i w kontrakcie (część IV siwz) (część I, pkt 4.1, k. 10 siwz);
- projekt budowlany zostanie doręczony wykonawcy w ciągu 15 dni od podpisania umowy i nie stanowi części siwz, z wyjątkiem projekt zagospodarowania terenu (plan ogólny) stanowiącego załącznik do siwz (rysunek nr 1 298 452 00) - okoliczność niesporna;
- nie jest sporne, że załącznikami do siwz są m.in. decyzja nr 487/2011 z 27 września 2011 r. zatwierdzająca projekty budowlane i udzielająca pozwolenie na budowę; projekt zagospodarowania terenu (plan ogólny) stanowiący część projektu budowlanego (rysunek nr 1 298 452 00, w którym wprost nie wskazano średnicy chłodni kominowej, jednak zmierzenie jej rzutu, z uwzględnieniem skali prowadzi do ustalenia, że zaprojektowano chłodnię kominową o średnicy 130 m); decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia nr 2/2011 z 11 lutego 2011 r. wydana przez burmistrza gminy Kozienice (dalej „decyzja środowiskowa” - zawiera w załączniku 1, k. 9 przewidywane wymiary chłodni kominowej: wysokość 185 m i średnicę „około 135 m”) wraz z decyzją ją zmieniającą nr 6/2011 z 8 kwietnia 2011 r. (decyzja nie zmieniła średnicy chłodni kominowej, natomiast wysokość określiła na „około 185 m” – załącznik 1, k. 7); pozwolenie zintegrowane nr 9/11/PŚ.Z z 31 stycznia 2011 r. (nie określa średnicy chłodni kominowej, a jej wysokość

na 185 m) (część II – informacja o inwestycji, spis treści - pkt 3.3 oraz od 3.8 do 3.11 załączniki siwz),

- zamawiający przewidział w siwz aktualizację projektu budowlanego i pozwolenia na budowę (część III, załącznik A1 – koncepcja techniczna przedmiotu kontraktu, pkt 1 tiret drugi, załącznik A3, pkt 1.2 – zakres przedmiotu kontraktu, tiret drugi, k. 4 siwz, załącznik A5 pkt 2.5.2.2.3, k. 278 siwz, część IV – artykuł I, pkt 1.1 opis przedmiotu kontraktu, k. 6 siwz i artykuł XII, pkt 12.3 – tabela – podział obowiązków, poz. 1.6, 75 siwz);

- wykonawcy zobowiązani byli podać w załączniku 5 do części IV siwz (projekt kontraktu) lp. 7 i 8 czas, jaki przewidują na wykonanie projektu budowlanego (lub aktualizacji) oraz czas, jaki przewidują na uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę (lub aktualizacji, gdy pozwolenie uzyskiwał zamawiający) – tak też pismo procesowe z 10 lipca 2012 r. złożone przez konsorcjum CNEEC na rozprawie 10 lipca 2012 r. (w pkt. 2.2., akapit od słów „po czwarte” w pkt. 2.2 pisma);

- projekty wykonawcze mają być sporządzone w oparciu o założenia technologiczne i zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym (część III, załącznik A5 pkt 2.5.2.2.2, k. 278 siwz);

- uchwała nr XIII/76/2011 Rady Miejskiej w Kozienicach z 30 czerwca 2011 r. w sprawie uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego dla terenu położonego w obrębie geodezyjnym Świerże Górne, obrębie geodezyjnym Wilczkowice Górne i obrębie geodezyjnym Michałówka w par. 13 pkt 3 d określa maksymalna wysokość obiektów budowlanych i budowli na 200 m, nie odnosi się do średnicy chłodni kominowej (okoliczność niesporna, vide - pismo procesowe konsorcjum CNEEC z 10 lipca 2012 r. złożone na rozprawie 10 lipca 2012 r., pkt 3).

Analiza powyższego prowadzi do wniosku, że zamawiający w siwz przewidział możliwość zmiany pozwolenia na budowę i projektu budowlanego (nie ograniczając zakresu tych zmian), co koresponduje z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010, Nr 243 poz. 1623 ze zm.), która w art. 36a przewiduje możliwość zmiany projektu budowlanego, czego konsekwencją jest, że wykonawcy nie byli związani średnicą chłodni kominowej przedstawioną w ujęciu graficznym w projekcie zagospodarowania terenu (130 m). Tym bardziej, iż zamawiający w siwz wskazał, w jakim zakresie ów projekt obowiązuje – zamawiający wprost postanowił, iż teren niezbędny przeznaczony pod budowę został pokazany na rysunku nr 1 298 452 00 (część II – informacje o inwestycji, pkt 2.4 – lokalizacja terenu budowy k. 6 siwz).

Treść siwz w omawianym zakresie jest jednoznaczna i spójna. Zamawiający wprost postanowił, że dostarczy projekt budowlany, a wykonawca zaktualizuje ten projekt i uzyska – o ile zajdzie potrzeba - zaktualizowane pozwolenie na budowę na podstawie stosownego pełnomocnictwa zamawiającego, co koresponduje z przyjętą formułą realizacji zamówienia - „pod klucz”, która obejmuje także uzyskanie na koszt wykonawcy wszelkich decyzji administracyjnych potrzebnych do wybudowania, uruchomienia i eksploatacji bloku z wyłączeniem jedynie tych, których uzyskanie obciąża zamawiającego zgodnie z postanowieniami kontraktu (część IV - artykuł I, pkt 1.1 siwz). W kontrakcie brak wyłączenia dotyczącego decyzji pozwolenia na budowę. Projekt budowlany, w celu uzyskania zaktualizowanego pozwolenia na budowę, będzie przekazany przez zamawiającego wykonawcy w terminie 15 dni od dnia zawarcia kontraktu. Wykonawca zaktualizuje projekt budowlany każdorazowo, o ile będzie to konieczne (część IV - artykuł VI, pkt 6.1.3, k. 41 oraz artykuł XII, pkt 12.2.3, k. 70 i pkt 12.3, poz. 1.3 tabeli, k. 75 siwz).

Zatem zamawiający – działając z należytą starannością, biorąc pod uwagę charakter zamówienia (zaprojektuj i wybuduj) – zostawił do decyzji wykonawców, czy skorzystają z projektu budowlanego będącego w dyspozycji zamawiającego i w jakim zakresie. Aby wykonawcy mieli informacje o treści decyzji administracyjnych istotnych dla realizacji inwestycji (pozwolenie na budowę, decyzja środowiskowa) załączył je do siwz. Dzięki temu wykonawca, którego projekt będzie wymagał wprowadzenia zmian do decyzji o pozwoleniu na budowę, mógł przewidzieć odpowiednie terminy w harmonogramie realizacji zamówienia, jak również właściwie skalkulować cenę oferty. Tak te postanowienia siwz rozumiało także konsorcjum CNEEC wskazując w ofercie na średnicę chłodni kominowej przekraczającą 135 m.

Tym samym wbrew stanowisku konsorcjum CNEEC wyrażonemu m.in. odwołaniu, w piśmie procesowym z 10 lipca 2012 r. oraz w piśmie procesowym z 3 lipca 2012 r. (złożone na rozprawie 2 lipca 2012 r.) zamawiający dopuścił w siwz aktualizację (zatem zmianę) projektu budowlanego, a tym samym pozwolenia na budowę.

Odnosząc się do statusu decyzji środowiskowej dla rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania wystarczające jest zauważenie, że dopuszcza ona wybudowanie chłodni kominowej o

średnicy około 135 m. Zamawiający był uprawniony, aby – tak jak w odniesieniu do wysokości chłodni kominowej – określić w siwz konkretną maksymalną jej średnicę poprzez wskazanie konkretnej, nieprzekraczalnej wartości, czego nie uczynił. Tym samym, uwzględniając średnicę chłodni kominowej w ofercie konsorcjum Polimex, Izba wskazuje, że parametr ten (podany w załączniku B6, pkt 8.1, poz. 18, tiret czwarty w tabeli) mieści się w granicach wyznaczonych decyzją środowiskową na „około 135 m”, gdyż nie odbiega znacząco od wartości granicznej (tak też wyrok KIO z 26 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 555/10). Należy stwierdzić, iż – jak słusznie zauważył Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z 29 maja 2009 r. (sygn. akt SA/Kr 565/09), i na co zwróciło uwagę konsorcjum CNEEC w piśmie procesowym z 13 lipca 2012 r. - przez około należy rozumieć „coś w przybliżeniu kogoś, czegoś lub w przybliżeniu jakiejś miary, liczby, itp.” Tym samym wskazanie, że dany parametr wynosi „około” oznacza jedynie to, że nie może ten parametr w istotnym zakresie odbiegać od danej wartości. W konsekwencji Izba podziela pogląd konsorcjum CNEEC, że istotna zmiana parametru nie mieści się w granicach „około”. Izba jednocześnie oceniła, iż średnica chłodni kominowej podana w ofercie konsorcjum Polimex, skoro jest o nie więcej niż 10% większa od wartości 135 m, to nie odbiega istotnie od tej wartości. W takiej sytuacji oferta konsorcjum Polimex odpowiada siwz. Tym bardziej zamawiający nie był uprawniony, aby w okolicznościach sprawy stwierdzić w tym zakresie niezgodność treści oferty konsorcjum Polimex z treścią siwz, że wszelkie niejasności czy niedoskonałości siwz – jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej - zamawiający zobowiązany jest interpretować na korzyść wykonawcy, którego nie mogą obciążać nieprawidłowości popełnione przez zamawiającego w fazie przygotowywania postępowania (sporządzania siwz). Skoro pojęcie „około 135 m” nie zostało bliżej określone przez zamawiającego, należy przyjąć, że wielkość wskazana w ofercie konsorcjum Polimex, mieści się w granicach określonych w siwz w tym zakresie.

W konsekwencji zamawiający, oceniając zgodność treści oferty konsorcjum Polimex z treścią siwz w odniesieniu do parametru średnicy chłodni kominowej, nie uchybił art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż Izba nie stwierdziła niezgodności treści oferty konsorcjum Polimex z treścią siwz w tym zakresie. Także wysokość zaoferowanej chłodni kominowej nie przekracza dopuszczalnych w siwz 200 m.

**Ad. I.C. Zarzut niezgodności oferty konsorcjum Polimex z siwz w zakresie dotyczącym prototypowej turbiny Hitachi.**



Zarzut nie potwierdził się.

Izba ustaliła, co następuje:

- zamawiający w siwz dopuścił wykorzystanie do realizacji przedmiotu zamówienia zarówno turbosespołu pięciokadłubowego (5 korpusów) jak i czterokadłubowego (4 korpusy) (część III, załącznik A5 pkt 2.2.1.3.1, k. 62 siwz);
- zamawiający nie wprowadził w siwz ograniczenia, że zaproponowana w ofercie turbina nie może być rozwiązaniem prototypowym, innowacyjnym, czy też że musi być już eksploatowana w innej elektrowni;
- zamawiający wymagał w siwz, aby rozwiązania techniczne turbosespołu uwzględniały najnowsze osiągnięcia techniki energetyki światowej (część III, załącznik A5 pkt 2.2.1.3.2 ppkt 2, k. 63 siwz) oraz, aby uwzględnione zostało wszelkie ryzyko wynikające z zastosowanej technologii; proces technologiczny musi być bezpieczny, dlatego podjęte będą wszelkie środki dla uniknięcia niebezpieczeństwa dla obsługi, urządzeń i otoczenia w czasie uruchomienia, normalnego ruchu, odstawień planowanych i awaryjnych oraz przerw w zasilaniu z sieci zewnętrznych (część III, załącznik A5 pkt 2.2.1.3.2 ppkt 5, k. 63 siwz);
- cykle remontowe określone zostały w części III, załącznik A5 pkt 2.2.1.3.2. ppkt 8 (k. 63 siwz), w której zamawiający postanowił, turbosespół będzie dostosowany do cykli remontowych bloku, przedstawionych w punkcie 1.3 załącznika A5, tj. część III, załącznik A5 pkt 1.3, k. 16 siwz – remont kapitalny turbiny przewidziany został na raz na 12 lat, a okres przestoju nie dłuższy niż 90 dni, a także dopełnić wymagani dotyczące żywotności przedmiotu kontraktu – 30 lat lub 250 000 godzin pracy (część III, załącznik A5 pkt 1.1.2, k.12 siwz);
- konsorcjum Polimex zaoferowało turbosespół o parametrach (długości), które umożliwią jego zamontowanie na terenie przeznaczonym przez zamawiającego pod obiekt maszynowni (pozycja 1 tabeli, k. 3056 oferty konsorcjum Polimex – długość maszynowni oraz pkt 2.1 poz. 17, k. 2828 oferty konsorcjum Polimex – całkowita długość turbosespołu);
- konsorcjum Polimex zaoferowało cykle remontowe turbosespołu zgodne z siwz (załącznik B2, tabela 1 – plan okresowych kontroli oraz ich częstotliwość, k. 1476 oferty konsorcjum Polimex).

Uwzględniając powyższe okoliczności Izba podkreśla, iż zamawiający wymagając w siwz, aby rozwiązania techniczne turbosespołu uwzględniały najnowsze osiągnięcia techniki energetyki światowej (część III, załącznik A5, pkt 2.2.1.3.2 ppkt 2, k. 63 siwz) nie sprecyzował w siwz, jakie parametry będzie brał pod uwagę weryfikując spełnienie przez wykonawców tego wymagania, nie określił, na podstawie jakich kryteriów będzie sprawdzał spełnienia tego wymagania siwz, nie zdefiniował w siwz, co należy rozumieć przez pojęcie

najnowszych osiągnięć techniki energetyki światowej i kiedy uzna, że są przez wykonawcę spełnione (nie wymagał, aby oferowane rozwiązanie było już wdrożone). Zatem stwierdzenie, że oferowane przez wykonawcę rozwiązanie, w świetle tak mało precyzyjnego postanowienia siwz, nie odpowiada siwz jest na gruncie stanu faktycznego sprawy zasadniczo niemożliwe. Co więcej, w odwołaniu zarzucono konsorcjum Polimex, iż oferuje rozwiązania innowacyjne, zatem z natury rzeczy nowoczesne, uwzględniające najnowsze osiągnięcia techniki energetyki światowej. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa w siwz swoje potrzeby opisując przedmiot zamówienia, który chce, aby był zrealizowany na podstawie umowy zawartej z wykonawcą, który złoży najkorzystniejszą ofertę. Zamawiający zatem, w granicach wyznaczonych przede wszystkim art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 – 3 Pzp, określa swoje potrzeby, jednocześnie kalkulując ryzyko związane np. ze zwiększonymi kosztami ubezpieczenia, czy z tym, że otrzyma produkt z wykorzystaniem rozwiązań jeszcze wcześniej nie sprawdzonych. Jest do tego uprawniony. Powołany w odwołaniu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 471/12) dotyczył odmiennego stanu faktycznego, niż w niniejszej sprawie. Odwołanie zostało wniesione na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której zamawiający nie dopuścił rozwiązań dotąd niewdrożonych. Odwołujący się wówczas wykonawca domagała się, aby zamawiający taką możliwość w siwz dopuścił. Izba oceniła, iż zamawiający nie dopuszczając zastosowania „rozwiązania nie posiadającego referencji”, nie naruszył art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. W realiach analizowane sprawy siwz nie wyklucza możliwości zaoferowania takich rozwiązań. Jeśli konsorcjum CNEEC uważało, iż takie postanowienia siwz są niedopuszczalne, powinno w tej kwestii w stosowanym terminie zgłosić zastrzeżenia korzystając ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp. Zatem Izba nie stwierdziła, aby oferta konsorcjum Polimex nie odpowiadała części III, załącznika A5, pkt 2.2.1.3.2 ppkt 2 (k. 63 siwz).

Dalej konsorcjum CNEEC - powołując część III, załącznik A5, pkt 2.2.1.3.2 ppkt 5 (k. 63 siwz) - argumentowało, że oferowane rozwiązanie miało uwzględniać wszelkie ryzyko wynikające z zastosowanej technologii gwarantując jednocześnie bezpieczeństwo procesu technologicznego. W tej kwestii Izba podkreśla, iż zamawiający w siwz nie sprecyzował, na podstawie jakich kryteriów, czy parametrów będzie weryfikował spełnienia powołanego wymagania siwz, nie zdefiniował w siwz, co należy rozumieć przez użyte w przytoczonym postanowieniu siwz pojęcia, w szczególności kiedy uzna, że są przez wykonawcę spełnione. Zatem i w tym zakresie konsorcjum CNEEC nie wykazało, że oferowane przez konsorcjum Polimex rozwiązanie, w świetle tak mało precyzyjnego postanowienia siwz, jest sprzeczne z siwz. Zamawiający – wbrew twierdzeniom konsorcjum CNEEC - nie postanowił w siwz, że

uzna za bezpieczne tylko rozwiązania już wdrożone. Dodatkowo tylko należy zgodzić się z zamawiającym oraz konsorcjum Polimex, że każde urządzenie, zanim zostanie komercyjnie wykorzystane, musi przejść szereg badań, uzyskać niezbędne zgody i certyfikaty, także dotyczące bezpieczeństwa. Tym samym Izba nie stwierdziła, że oferta konsorcjum Polimex w tym zakresie, jest niezgodna z treścią siwz.

Twierdzenia, że przedmiot zamówienia nie będzie mógł być ubezpieczony nie zostały poparte przez konsorcjum CNEEC żadnymi dowodami, zatem i ten zarzut nie może zostać przez Izbę uwzględniony.

Konsorcjum CNEEC w piśmie procesowym z 3 lipca 2012 r. (złożone na rozprawie 2 lipca 2012 r.) oraz w piśmie procesowym z 13 lipca 2012 r. dowodziło, odwołując się do projektu zagospodarowania terenu – plan ogólny (rysunek nr 1 298 452 00), iż w siwz zamawiający ograniczył wielkość miejsca pod maszynownię do około 116 m, co uniemożliwia zainstalowanie turbozespołu o konfiguracji składającej się z pięciu korpusów (gdyby takich ograniczeń nie było konsorcjum CNEEC zaoferowałoby blok o mocy 1000 MW z wykorzystaniem turbozespołu pięciokadłubowego). Możliwe jest zamontowanie turbozespołu o długości 109 m (rozprawa z 10 lipca 2012 r., k. 10 protokołu). Z powyższego także wywiodło, iż konsorcjum Polimex musiało zaoferować rozwiązanie z zastosowaniem turbozespołu składającego się z czterech korpusów korzystając z będącej w fazie projektowania prototypowej czterokadłubowej turbiny o mocy 1000 MW z 60 calowymi łopatkami ostatniego stopnia produkcji Hitachi (opis zawarty w prezentacji Hitachi z PowerGen 2012 złożonej na rozprawie 10 lipca 2012 r. do akt sprawy przez konsorcjum CNEEC). Konsorcjum CNEEC wyjaśniło jednocześnie, że ten model turbozespołu mieści się na obszarze o długości 109 m (rozprawa z 10 lipca 2012 r., k. 10 protokołu).

Zważywszy powyższe Izba, na podstawie oferty konsorcjum Polimex i treści siwz, ustaliła po pierwsze – że, nawet, gdyby przyjąć za konsorcjum CNEEC, że zamawiający ograniczył ilość miejsca pod maszynownię turbozespołu do wskazanego na rysunku nr 1 298 452 00 - parametry turbozespołu zaoferowanego przez konsorcjum Polimex, pozwalają go zainstalować z wykorzystaniem powierzchni przewidzianej pod obiekt maszynowni przez zamawiającego w projekcie zagospodarowania terenu – rysunek nr 1 298 452 00. Innymi słowy zamawiający przewidział w siwz ilość miejsca wystarczającą dla posadowienia turbozespołu o parametrach zaoferowanych przez konsorcjum Polimex. Po

drugie – jeśli konsorcjum CNEEC uważało, iż zamawiający bezzasadnie ograniczył miejsce dla posadowienia turbozespołu do 116 m, co uniemożliwiało konsorcjum CNEEC złożenie konkurencyjnej oferty, postawienie siwz należało w tej sprawie kwestionować we właściwym czasie, natomiast jeśli wykonawcy mieli jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące treści ostatecznej siwz, powinni dążyć do ich wyjaśnienia na podstawie art. 38 ustawy. Po trzecie – zamawiający nie kwestionował, że obiekt maszynowni zamieszczony na powoływanym przez konsorcjum CNEEC rysunku zajmuje obszar o długości 116 m (rozprawa 11 lipca 2012 r., k. 6 protokołu). Konsorcjum CNEEC twierdziło jednocześnie, że w toku negocjacji wnioskowało o zwiększenie terenu pod przyszły budynek maszynowni turbozespołu do ponad około 116 m, proponując, iż możliwe jest neutralne przełożenie części instalacji bez wpływu na projekt i zagospodarowanie terenu. Odnosząc się do stanowiska konsorcjum CNEEC w tej kwestii Izba wyjaśnia, iż dla oceny zgodności treści oferty z treścią siwz, pierwszorzędne znaczenie przypisać należy treści tej ostatniej. Zatem przechodząc do treści siwz w tym kontekście zauważyć należy, iż – jak już Izba wskazała w odniesieniu do rozmiarów chłodni kominowej (vide – uzasadnienie ad. I. B.) siwz - w zakresie obejmującym projekt budowlany (tj. projektu zagospodarowania terenu – plan ogólny, rysunek nr 1 298 452 00) może zostać zmieniona, zatem wynikająca z tego projektu długość miejsca na maszynownię (około 116 m), nie jest bezwzględnie wiążąca. Jeśli tak, to lokalizacja maszynowni może ulec zmianie w stosunku do tej, przedstawionej na powołanym rysunku. Zamawiający dopuścił w siwz - jak Izba wyżej wskazała – zaoferowanie turbozespołu pięcioczęściowego, zatem brak było przeszkód, aby konsorcjum CNEEC taki turbozespół zaoferowało. Zamawiający dopuścił także w siwz możliwość wyburzenia określonych obiektów, zatem wykonawca, stosownie do potrzeb, mógł także skorzystać z miejsca dodatkowego, uzyskanego dzięki wyburzeniu obiektów wymienionych w załączniku A3, tabela 1.2.2, tabela 1.2.2.1 poz. 1 - 4 tabeli (k.6 siwz). Powołana tabela zawiera wykaz obiektów zlokalizowanych na terenie przeznaczonym pod budowę bloku i przekazanych do dyspozycji wykonawcy na czas budowy. Jej treść koresponduje z wyjaśnieniami zamawiającego złożonymi na rozprawie 11 lipca 2012 r. (k. 6 protokołu). Zatem brak było w świetle siwz przeszkód, aby wykonawca zaplanował ich wyburzenie we wstępnej fazie realizacji umowy, gdyby uznał, że teren pod nimi jest mu potrzebny np. na posadowienie turbozespołu. Izba ponownie podkreśla, iż zamawiający, gdyby zamierzał ograniczyć miejsce dla chłodni kominowej czy maszynowni, zawarłby takie postanowienia w siwz (podobnie jak ograniczył wysokość chłodni kominowej), jednak tego nie uczynił.

Izba nie stwierdziła zatem, aby rozwiązanie zaoferowane przez konsorcjum Polimex sprzeczne było ze wskazanymi w odwołaniu postanowieniami siwz, tj. z częścią III, załącznik

A5 pkt 2.2.1.3.2 ppkt 2 (k. 63 siwz) oraz z częścią III, załącznik A5 pkt 2.2.1.3.2 ppkt 5 (k. 63 siwz), jak również z częścią III, załącznik A5 pkt 2.2.1.3.2 ppkt 8 siwz (k. 63 siwz).

Odnosząc się do stanowiska konsorcjum CNEEC, iż postanowienia siwz dotyczące żywotności bloku oraz cykli remontowych nie mogą być dotrzymane przez konsorcjum Polimex z uwagi na parametry oferowanej przez to konsorcjum turbiny, należy podkreślić, że konsorcjum Polimex zadeklarowało w swojej ofercie wykonie remontów w sposób (wg harmonogramu) odpowiadający siwz (załącznik B2, tabela 1 – plan okresowych kontroli oraz ich częstotliwość, k. 1476 oferty konsorcjum Polimex). Argumentacja konsorcjum CNEEC nie potwierdza jednak niezgodności treści oferty konsorcjum Polimex z treścią siwz w zakresie dotyczącym żywotności bloku i cykli remontowych, gdyż została oparta wyłącznie na gołosłownych twierdzeniach.

**Ad. II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Polimex z postępowania z powodu podania w ofercie nieprawdziwych informacji, w zakresie dotyczącym gwarantowanej sprawności bloku netto na poziomie 45,59% oraz wyżki mocy netto bloku ponad minimum 100 MW (moc netto bloku określona została na 1000 MW netto), które to informacje mają wpływ na ocenę ofert w klasyfikacji końcowej,**

Zarzut nie potwierdził się.

Konsorcjum CNEEC sformułowało zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp stawiając tezę o podaniu przez konsorcjum Polimex w ofercie nieprawdziwych informacji dotyczących parametrów: sprawność bloku (45,59%) oraz wyżka mocy 1000 MW. Uzasadniając zarzut uchybienia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp stwierdzono w odwołaniu, iż podane przez konsorcjum Polimex, a punktowane przez zamawiającego, parametry, skonfrontowało z warunkami technicznymi i ograniczeniami nałożonymi przez zamawiającego w treści siwz stwierdzając - po dokonaniu kalkulacji i obliczeń, mając na uwadze zasady matematyki, fizyki, chemii - iż podane przez konsorcjum Polimex parametry mocy netto bloku 1000 MWe i sprawności bloku na poziomie 45,59% nie odpowiadają rzeczywistym wartościom i są umyślnie zawyżone w celu uzyskania większej ilości punktów w klasyfikacji końcowej (o 6,085 punktów więcej niż konsorcjum CNEEC).

Odnosząc się do stanowiska konsorcjum CNEEC Izba zgadza się, iż możliwość osiągnięcia podanych przez konsorcjum Polimex parametrów dotyczących spraności bloku i innych, mających wpływ na ten parametr, należy ocenić w kontekście treści siwz obowiązującej wykonawców oraz zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Konsorcjum CNEEC nie twierdziło bowiem, iż kwestionowane parametry techniczne nie są obiektywnie możliwe do osiągnięcia, lecz postawiło tezę, że w świetle ograniczeń wynikających z treści siwz, nie mogą być osiągnięte.

Zatem w pierwszej kolejności należy odnieść się do treści siwz (w brzmieniu ustalonym przez zamawiającego po negocjacjach) obowiązującej i wiążącej zarówno wykonawców jak i zamawiającego w tym postępowaniu.

Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia stanowi robota budowlana (w rozumieniu art. 2 pkt 8 ustawy) polegająca na zaprojektowaniu i zrealizowaniu bloku energetycznego w sposób zgodny z kontraktem (część I, definicje - pkt 1.12, k. 7, część III, załącznik A1 – zwięzła informacja techniczna o przedmiocie kontraktu, część IV – artykuł I, pkt 1.1 siwz). Zamawiający wskazał, iż w przypadku pominięcia jakiegokolwiek elementu z zakresu robót budowlanych, dostaw, usług, który będzie niezbędny dla prawidłowej pracy bloku lub niezbędny dla prawidłowego połączenia i współpracy bloku z sąsiadującymi instalacjami, trasami komunikacyjnymi i technologicznymi, to taki element należy do zakresu obowiązków wykonawcy. Przedstawione w siwz granice robót budowlanych, dostaw i usług są zakresem podstawowym, należącym do obowiązków wykonawcy. Jeżeli w trakcie realizacji inwestycji nastąpi konieczność przekroczenia tych granic dla zapewnienia prawidłowego działania bloku to zakres leżący poza granicami określonymi w kontrakcie należy również do obowiązków wykonawcy (część III, załącznik A3, k. 7 siwz). Zamawiający dopuścił oferowanie bloku o mocy elektrycznej netto nie mniejszej niż 900 MWe i nie większej niż 1000 MWe. Wykonawca jest odpowiedzialny za właściwy dobór wielkości oraz parametrów instalacji i urządzeń odpowiednio do zaoferowanej przez siebie mocy bloku (część III, załącznik A5 pkt 2.2.1, k. 17 siwz). Jak zamawiający wskazał w siwz (część II – informacje o inwestycji pkt 1 – informacje wstępne, k. 4 siwz) siwz „opisuje minimum wymagań technicznych dla projektowania, inżynieringu, zakupów, dostaw, magazynowania na placu budowy, budowy, montażu, rozruchu, ruchu próbnego i przekazania bloku energetycznego do eksploatacji. SIWZ nie opisuje szczegółowo prac do wykonania, ale przedstawia w zarysie kryteria do projektowania oraz wymagania jakościowe i funkcjonalne

urządzeń. Wykonawca ponosi całkowitą i wyłączną odpowiedzialność za zapewnienie wykonania wszystkich prac i dostaw w zgodności z warunkami kontraktu i SIWZ”.

Podstawowe dane techniczne bloku to m.in. paliwo: węgiel kamienny wg załącznika A4, główny układ chłodzenia: zamknięty, z chłodnią kominową, ciśnienie pary świeżej na wylocie z kotła: 250-300 bar, temperatura pary świeżej na wylocie kotła: co najmniej 600 stopni C, temperatura pary wtórnie przegrzanej na wylocie kotła: co najmniej 610 stopni C, sprawność znamionowa bloku netto: co najmniej 44,5 %, roczna dyspozycyjność bloku: co najmniej 90% pierwszy rok, dwa kolejne lata gwarancyjne: co najmniej 92% (część III, załącznik A5, tablica 2.1.1.1, k. 17 i 18 siwz). Zamawiający podzielił gwarantowane parametry techniczne na grupę A i B. Gwarantowane parametry grupy B podano w części III, załącznik A6, tablicy 3.2.1 (k. 12 siwz) wymieniając m.in.: poz. 1 - moc znamionową bloku (min. 900 MW, zgodnie z deklaracją ofertową wykonawcy, kryterium ofertowe) oraz poz. 3 - sprawność bloku (min. 44,5, zgodnie z deklaracją ofertową wykonawcy – kryterium ofertowe). Gwarantowane parametry grupy B nie zostały określone jako bezwzględnie obowiązujące. Będą wstępnie sprawdzane podczas ruchu próbnego, a następnie mierzone podczas pomiarów gwarancyjnych (część IV, definicje - pkt 13, k.11 siwz). W siwz określono także bezwzględnie obowiązujące gwarantowane parametry techniczne grupy A, które będą sprawdzane i mierzone podczas pomiarów w ruchu próbnym oraz podczas pomiarów gwarancyjnych – ich dotrzymanie jest warunkiem podpisania przez zamawiającego protokołu przejęcia bloku do eksploatacji (część IV, definicje - pkt 12, k.10 i 11 siwz). Obie grupy parametrów mają być dotrzymane w okresie gwarancyjnym (część III, załącznik A6, pkt 3.1 i 3.2 – gwarantowane parametry techniczne – wymagania ogólne oraz parametry i warunki pomiarowe dla wielkości gwarantowanych, k.3 – 5 siwz, część IV, artykuł XIII, pkt 13.2.2, k.80 siwz). Wśród parametrów i warunków pomiarowych dla wielkości gwarantowanych w tablicy 3.2.1 wymieniono w poz. 1 dla parametrów technicznych grupy B parametry otoczenia – 12 stopni C (temperatura suchego termometru), wilgotność względną – 75% i ciśnienie 980 hPa. W poz. 2 określono parametry paliwa podstawowego (węgiel kamienny) odwołując się do załącznika A4 tablicy 1.1 pkt 1.1 – parametry gwarancyjne węgla. Podgrzewacz wstępny powietrza ma być wyłączony (poz. 6).

Zamawiający przewidział kary umowne m.in. za niedotrzymanie gwarantowanych parametrów technicznych grupy B. Za każde obniżenie mocy znamionowej bloku o pełne 0,5 MW w stosunku do wartości gwarantowane przez wykonawcę w kontrakcie (załącznik B7, pkt 2 wiersz nr 1 tablicy 2.1), wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,05 % ceny kontraktu netto. Dalej uregulowano kary umowne za obniżenie mocy znamionowej bloku o więcej niż 10 MW w stosunku do wartości gwarantowane przez wykonawcę w kontrakcie (część IV - artykuł XIV, pkt 14.3.1, k. 85 siwz). Kary umowne zostały przewidziane także, jeżeli sprawność znamionowa bloku będzie niższa niż deklarowana. Za każde obniżenie sprawności znamionowej bloku netto przez blok w pomiarach gwarancyjnych sprawności bloku o pełne 0,1 punktu procentowego w stosunku do wartości gwarantowanej przez wykonawcę w kontrakcie (załącznik B7, załącznika 2 do kontraktu, pkt 2 wiersz 3 tablicy 2.1 siwz), wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,33% ceny kontraktu netto. Za każde obniżenie sprawności bloku jednak, gdy sprawność bloku będzie obniżona o więcej niż 0,5 punktu procentowego w stosunku do gwarantowanej, to za obniżenie sprawności bloku o dalsze pełne 0,1 punktu procentowego wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 1 % ceny kontraktu netto (część IV - artykuł XIV, pkt 14.3.3, k. 85 i 86 siwz).

Kryteriami oceny ofert, poza cenę ofertową brutto - 70% oraz okresem realizacji bloku - 5%, były także gwarantowana sprawność bloku energetycznego netto (dalej „sprawność bloku”) - 20% i wyższa mocy powyżej mocy minimalnej - 5 % (część I, pkt 20.1, k. 25 – 27 siwz). Zamawiający postanowił, w odniesieniu do kryterium sprawności bloku (kryterium 2), że będzie ten parametr oceniał „w granicach od 44,5% do 46% lub wyżej” (część I, pkt 20.1, ad. kryterium 2, k. 26 siwz). Zamawiający określił w siwz wzór służący obliczeniu mocy znamionowej bloku netto, którą stanowi różnica między mocą znamionową brutto a zapotrzebowaniem na moc potrzeb własnych bloku obliczona zgodnie z zasadami podanymi w części III, załącznik A6, pkt. 3.4.1, k. 13 siwz. Podał także, jak obliczyć sprawności znamionową bloku netto – parametr ten stanowi iloczyn jednostkowego zużycia ciepła przez turbinę obliczonego zgodnie z norma DIN 1943 oraz sprawności kotła obliczonej zgodnie z normą PN – EN 12952 – 15 i wskaźnika zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne obliczonego jako iloraz zapotrzebowania na moc



potrzeb własnych bloku zdefiniowanego w pkt. 3.4.1 i mocy znamionowej bloku brutto (zdefiniowanej w pkt. 3.4.1) (część, III załącznik A6, pkt 3.4.3, k. 14 siwz).

Zamawiający załączył do wzoru kontraktu instrukcje do opracowania poszczególnych załączników do kontraktu, w tym wytyczne, jak należy sporządzić część techniczną oferty (tom II). Powinien on zawierać część opisową oraz załączniki wynikające z części opisowej sporządzone na podstawie wymagań zamawiającego określonych w części III siwz oraz w zgodzie z zapisami kontraktu i instrukcją do opracowania załączników do kontraktu. Informacje techniczne podane przez zamawiającego w części III siwz określają minimalny standard techniczny oczekiwany przez zamawiającego. Wykonawca mógł przedstawić w ofercie rozwiązania inne niż określone jako standardy oczekiwane pod warunkiem, że będą one równorzędne lub lepsze, aniżeli te, jakie zostały określone w części III siwz. Tom II oferty należało zatytułować jako część techniczną, załącznik 2 do kontraktu. Wykonawcy zobowiązani byli podać dane techniczne wymagane we wzorach załączników do części IV siwz (część IV, załącznik 2 do kontraktu, k. 4 siwz) oraz załączyć do oferty schematy i pomiary bilansowe (część III, załącznik A5, 18 siwz). Wykonawcy zobowiązani byli w formularzu oferty oświadczyć, że oferują wykonanie przedmiotu zamówienia/przedmiotu kontraktu zgodnie z wymaganiami podanymi w siwz (pkt 1 wzoru formularza oferty – załącznik 1 do części I siwz) i podać gwarantowaną sprawność bloku - w granicach od 44,5% do 46% lub wyższą (pkt 4 wzoru formularza oferty - załącznik 1 do części I siwz). Ponadto zobowiązani byli zadeklarować, że zapoznali się z siwz i składają ofertę w pełni je akceptując (pkt 8 wzoru formularza oferty - załącznik 1 do części I siwz) oraz zapoznali się z warunkami przyszłego kontraktu (część IV siwz) i akceptują jego treść bez uwag i zobowiązują się do jego podpisania (pkt 9 wzoru formularza oferty - załącznik 1 do części I siwz).

Analiza siwz wskazuje, że zamawiający nie wymagał podania przez wykonawców w swoich ofertach szczegółowych rozwiązań technologicznych bloku, pełnego sposobu obliczenia deklarowanych parametrów, kompletnego wyposażenia w systemy i urządzenia – wykonawcy zobowiązani byli przede wszystkim w zakresie technicznym podać:

- gwarantowane parametry techniczne (wg wzoru załącznika B7, część III siwz), zawierające gwarantowane parametry techniczne grupy A, B i gwarancje

dyspozycyjności; załącznik B7 należało wypełnić zgodnie z wymaganiami i objaśnieniami zawartymi w załączniku A6 do siwz;

- dane techniczne urządzeń, instalacji bloku (tabele do wypełnienia przez wykonawcę), wykaz dostawców głównych urządzeń i instalacji technologicznych (wg wzoru załącznika B6, część III siwz); załącznik B6 należało wypełnić biorąc pod uwagę wymagania zawarte w załączniku A5 do siwz, w szczególności należało podać wskazane przez zamawiającego parametry kotła, turbozespołu, systemu wody zasilającej, układ wody chłodzącej;
- listę wykorzystywanych norm i standardów oraz potwierdzić stosowanie norm wymaganych przez zamawiającego oraz podać dodatkowe, niezawarte w siwz, jeżeli takie wystąpią – część III, załącznik B1 siwz;
- specyfikację techniczną przedmiotu kontraktu wg wzoru i wymagań określonych w części III, załączniku B2 siwz;
- system elektronicznych zabezpieczeń bloku wg wymagań załącznika A17 – część III, załącznik B3;
- w załączniku B4 należało podać wstępny projekt organizacji przedsięwzięcia wg wymagań zawartych w siwz – szczegółowy projekt organizacji robót wykonawca przedstawi w trakcie realizacji kontraktu;
- załącznik B5 to informacje o sposobie realizacji dostaw, robót budowlanych i usług.

Zważywszy powyższe ustalenia zasadne jest podkreślenie, iż w realiach badanej sprawy zarzuty odwołania zostały oparte na błędnych założeniach odnoszących się do treści siwz oraz treści oferty konsorcjum Polimex. W konsekwencji nie zostało udowodnione, iż konsorcjum Polimex w swojej ofercie podało nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp).

Izba zweryfikowała argumentację konsorcjum CNEEC przedstawioną w odwołaniu, w toku rozprawy, jak również w poszczególnych pismach procesowych wraz z opiniami prywatnymi (traktowanymi przez Izbę jak stanowisko strony), w kontekście parametrów, które mają wpływ na możliwość osiągnięcia sprawności bloku na poziomie 45,59% w realiach tej sprawy, tj. na gruncie siwz oraz treści oferty konsorcjum Polimex. W szczególności dokonała analizy parametrów wyjściowych, na podstawie których konsorcjum CNEEC wywodziło, iż nie jest możliwe, ażeby

sprawność bloku w wysokości 45,59% i moc bloku netto 1000 MW była realna do osiągnięcia.

Izba za zasadne uważa podkreślenie, że zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdy łącznie wystąpią dwie przesłanki: złożono nieprawdziwe informacje i mają one lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia, wynikających z komentowanego przepisu, powinno być stwierdzone w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych (przykładowo: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 420/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11) wskazujących, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Wobec braku w ustawie definicji legalnej pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zasadnym jest odwołanie się w tej kwestii do wytycznych zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (II CKN10095/99). W tym wyroku Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Trudno zatem oświadczenie mające charakter wyrażnie zobowiązaniowy (w tym znaczeniu: oświadczenie woli) traktować jako informację o istniejącej rzeczywistości (oświadczenie wiedzy). Dla zastosowania wobec wykonawcy sankcji wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (wykluczenie z postępowania) należy bezspornie wykazać, że składane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje. Z takim

działaniem nie można utożsamiać czy to działania w warunkach błędnego zrozumienia dokumentów opracowanych przez zamawiającego (siwz, ogłoszenia), czy – tak jak ma to miejsce w analizowanej sprawie - zobowiązania się do określonego świadczenia, którego możliwość wykonania jest w świetle aktualnej wiedzy technicznej oraz znajomości procesów zachodzących w przyrodzie, realnie możliwa. Możliwość osiągnięcia sprawności bloku na poziomie 45,59% i 1000 MW mocy bloku nie była kwestionowana. Ograniczeń konsorcjum CNEEC upatrywało w postanowieniach siwz – wykazywano, uwzględniając sformułowane w siwz warunki techniczne i ograniczenia, takie jak wymiary chłodni kominowej, wymagania dotyczące turbozespołu (ograniczenie wielkości miejsca na posadowienie przyszłego turbozespołu, wyłączenie możliwości oferowania rozwiązań prototypowych), że podane przez konsorcjum Polimex parametry mocy netto bloku 1000MW i sprawności bloku na poziomie 45,59% są zawyżone.

Przenosząc przedstawioną przez Izbę wykładnię art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp na grunt rozpoznawanej sprawy trzeba zauważyć, iż wartość kwestionowanych parametrów podana w ofercie konsorcjum Polimex, stanowi jego zobowiązanie (oświadczenie woli w rozumieniu kodeksu cywilnego), co do gwarantowanej sprawności bloku 45,59% i mocy bloku netto 1000 MW, zatem jego ocena w kategorii nieprawdziwych informacji, jest z natury rzeczy ograniczona. Oświadczenie to dotyczy bowiem zachowania wykonawcy w przyszłości, zatem trudno je traktować w kategorii informacji, rozumianej jako oświadczenie o obiektywnie istniejącym stanie rzeczy, która może podlegać ocenie w kategorii prawda/fałsz (tak też wyrok KIO z 20 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1396/12 i KIO 1400/12, wyrok KIO z 26 listopada 2012 r., sygn. akt KIO/UZP 2460/10, wyrok KIO z 26 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 711/12 oraz wyrok KIO z 24 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1461/12). Zobowiązanie to natomiast deklaracja wykonania opisanego świadczenia, zatem nie sposób go utożsamiać z podaniem informacji i przyrównywać do istniejącej rzeczywistości celem zweryfikowania zgodności z prawdą (z wyjątkiem sytuacji zobowiązania do świadczenia niemożliwego). Złożenie zatem oświadczenia, co do gwarantowanych parametrów sprawności bloku i mocy bloku, na podstawie oszacowania z należytą starannością własnych możliwości finansowych i technicznych, przewidywanej technologii, z uwzględnieniem znajomości przedmiotu, nie prowadzi do uznania

złożonego oświadczenia za nieprawdziwe. Stanowi ono nie oświadczenie wiedzy, lecz deklarację, oświadczenie kontraktowe o zaoferowaniu wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z siwz i w oparciu o uzasadnione posiadanym doświadczeniem, wiedzą, projektowanymi rozwiązaniami przekonanie o własnych zdolnościach i możliwościach technicznych.

Konsorcjum Polimex wypełniło formularz ofertowy oraz inne wymagane formularze, zgodnie ze wzorami załączonymi do siwz, w tym złożyło wszystkie oświadczenia żądane przez zamawiającego w siwz. Konsorcjum Polimex wypełniło tabelę z gwarantowanymi parametrami technicznymi grupy B (załącznik B7, tablica 2.1, poz. 3 – sprawność znamionowa bloku netto, k. 3249 oferty konsorcjum Polimex) oferując m.in. moc znamionową bloku w wysokości 1000 MW (poz. 1 tabeli 2.1), sprawność znamionową bloku netto 45,59 % (poz. 3 tabeli 2.2). Sprawność kotła zadeklarowana w ofercie konsorcjum Polimex podana została w załączniku B6, tabela 1.1 – dane ogólne kotła, poz. 44 (k. 2817 oferty konsorcjum Polimex). W załączniku B2 - 1.1 (pkt 1.1 kropka trzecia i czwarta, k. 1422 oferty konsorcjum Polimex) dane te powtórzono, co wskazuje na to, że nie zostały podane omyłkowo. Moc elektryczną na potrzeby własne podano w załączniku B2 -1.1, pkt. 1.1, kropka druga, k.1422 oferty konsorcjum Polimex (jak Izba ustaliła, jest to wartość wyższa niż 5%), a jednostkowe zużycie ciepła przez turbinę (turbozespół) podano w załączniku B2 - 2.2, tablica 2.2, poz. 4, ostatnia kolumna, k. 1712 oferty konsorcjum Polimex oraz w załączniku B6, tabela 2.1, poz. 8, k. 2827 oferty konsorcjum Polimex). W toku postępowania odwoławczego konsorcjum Polimex potwierdziło, iż zaoferowany blok ma parametry możliwe do osiągnięcia i jest zobowiązane do ich dotrzymania (rozprawa z 25 czerwca 2012 r., k. 10 i 11 protokołu).

Izba nie stwierdziła, aby wartości parametrów technicznych wykraczały poza zakres referencyjny wyznaczony przez zamawiającego w siwz. Konsorcjum Polimex jest zobowiązane tak zaprojektować i zrealizować inwestycję, dobierając optymalne urządzenia i rozwiązania techniczne, w tym nowatorskie czy prototypowe, aby wywiązać się z zobowiązania wynikającego z treści oferty, a następnie kontraktu. Niedochowanie zagwarantowanych parametrów z grupy B skutkować będzie koniecznością zapłaty kar umownych lub innymi sankcjami przewidzianymi

przepisami prawa. Kwestia ta nie może natomiast podlegać ocenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia i stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się do twierdzeń konsorcjum CNEEC dotyczących braku realnej możliwości osiągnięcia zaoferowanych parametrów w kontekście ograniczeń wynikających z siwz, Izba wyraża pogląd, iż obiektywna niemożliwość świadczenia przez konsorcjum Polimex w kontekście kwestionowanych parametrów nie została przez konsorcjum CNEEC w toku postępowania odwoławczego udowodniona.

Ustosunkowując się do przedstawianych w toku postępowania odwoławczego rozważań konsorcjum CNEEC trzeba zwrócić uwagę, że prezentowane przez nie wnioski i obliczenia - mające prowadzić do wykazania, że podane w ofercie konsorcjum Polimex wartości dotyczące sprawności bloku oraz wyższej mocy, są niemożliwe do osiągnięcia, nierzetelne i służyły wyłącznie uzyskaniu wyższej punktacji (wskazane elementy były oceniane w kryteriach 2 i 3) - oparte były na przyjęciu założeń odbiegających zarówno od treści siwz, jak i od treści oferty konsorcjum Polimex, co czyni je niemiarodajnymi, a w każdym razie nieprzydatnymi do przesądzenia o nieprawdziwości informacji podanych w ofercie konsorcjum Polimex. Konsorcjum CNEEC budowało swoją argumentację przyjmując za punkt wyjścia wzór stanowiący podstawę do ustalenia sprawności bloku netto (kryterium 2), tj. iloczyn trzech czynników: jednostkowe zużycie ciepła przez turbinę, zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne oraz sprawność kotła. W składanych pismach procesowych i w toku rozprawy, na potwierdzenie zasadności podniesionych zarzutów, w celu podważenia możliwości osiągnięcia deklarowanych przez konsorcjum Polimex wartości sprawności bloku i mocy bloku, przyjmowało - jako punkt wyjścia - określone założenie dotyczące jednego z czynników mających wpływ na te parametry i następnie na tej podstawie (opierając się przede wszystkim na wzorze służącym obliczeniu sprawności bloku) dowodziło niemożliwości uzyskania wartości pozostałych parametrów, co miało w konsekwencji stanowić uzasadnienie dla podważenia rzetelności parametrów sprawności bloku i mocy bloku. W zależności od tego jak parametr stanowił daną wyjściową dla dokonywanych symulacji, kwestionowane były wielkości pozostałych czynników wpływających na

sprawności bloku i moc bloku. Odnosząc się do tych obliczeń zauważyć należy, że zostały oparte w dużej mierze na błędnych założeniach, co do treści siwz i oferty konsorcjum Polimex.

Konsorcjum CNEEC stwierdziło w piśmie z 23 lipca 2012 r. (streszczenie mowy końcowej, k. 11), iż konsorcjum Polimex zaoferowało kocioł, którego sprawność (bliska 95%) dla podanych w siwz warunków jest nieosiągalna, turbozespół, którego jednostkowe zużycie ciepła na produkcję energii elektrycznej nie odbiega od podanego przez CNEEC i urządzenia pomocnicze, które zużywają mniej mocy elektrycznej niż blok o znacznie mniejszej mocy oferowany przez CNEEC. Tym samym oferowana przez konsorcjum Polimex sprawność kotła została – zdaniem konsorcjum CNEEC - zawyżona, a wskaźnik potrzeb własnych zaniżony, tym samym sprawność bloku netto nie jest wielkością prawdziwą. Jednak porównawcze odnośnienie się do parametrów własnej oferty nie może, w opinii Izby, stanowić podstawy zakwestionowania poprawności i wiarygodności treści oferty konsorcjum Polimex. Konfrontacja parametrów i możliwości bloku zaoferowanego przez konsorcjum CNEEC z parametrami bloku konsorcjum Polimex, jest niemiarodajna dla oceny rozpatrywanego zarzutu odwołania. Dostrzeżenia wymaga, że przedmiotem analizy – w kontekście postawionego przez konsorcjum CNEEC zarzutu - są parametry bloku oferowanego przez konsorcjum Polimex w świetle wymagań siwz obowiązującej w niniejszym postępowaniu. Ponadto ani odwołujący, ani żaden inny podmiot poza konsorcjum Polimex, na obecnym etapie, nie ma wiedzy na temat technologii i rozwiązań (poza zakresem opisanym w ofercie), które zostaną zastosowane przez konsorcjum Polimex w przyszłości, przy realizacji zamówienia, zatem kalkulacje konsorcjum CNEEC mogą mieć i mają jedynie charakter przypuszczeń i oderwanych od realiów sprawy hipotez. Także odnośnienie kwestionowanych parametrów do osiągnięć innych projektowanych czy funkcjonujących elektrowni jest nieprzydatne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. Występowanie nawet niewielkich różnic dotyczących przedmiotu zamówienia może istotnie wpłynąć na parametry techniczne oferty. Trzeba także zauważyć, iż wykonawcy optymalizują swoje oferty pod kątem kryteriów oceny ofert obowiązujących w danym postępowaniu. Jak zgodnie również podnoszono w toku postępowania odwoławczego, każdy blok jest inny, nie ma dwóch takich samych, nawet blok powstały w wyniku udzielenia zamówienia w przedmiotowym

postępowaniu realizowany przez konsorcjum Polimex będzie znacząco różnił się od bloku, który byłby wykonany przez konsorcjum CNEEC. Każdorazowo rozwiązania są bowiem „szyte na miarę”, w szczególności gdy przedmiot zamówienia realizowany jest w formule „zaprojektuj i wybuduj” oraz dopuszczono rozwiązania prototypowe czy innowacyjne. W konsekwencji Izba oceniła jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania złożone w toku rozprawy w dniu 4 lipca 2012 r. przez konsorcjum Polimex zestawienie (w ujęciu tabelarycznym) projektowanych i wybudowanych elektrowni oraz złożone w odpowiedzi na rozprawie 10 lipca 2012 r. zestawienie sporządzone przez konsorcjum CNEEC, jak również referencje dotyczące elektrowni w Roztocku, jak i materiały dotyczące inwestycji realizowanych w Chinach.

Przechodząc do szczegółowej analizy stanowiska konsorcjum CNEEC prezentowanego w toku postępowania odwoławczego wskazać należy, co następuje:

1. Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez konsorcjum CNEEC w opinii autorstwa dr hab. inż. P..... K..... załączonej do pisma procesowego konsorcjum CNEEC z 22 czerwca 2012 r. zwrócić należy uwagę, iż jej treść (jak i stanowisko konsorcjum CNEEC prezentowane w toku postępowania odwoławczego począwszy od odwołania, poprzez rozprawę i pisma procesowe) opiera się na błędnej interpretacji treści siwz w zakresie dotyczącym gabarytów chłodni kominowej. Oparto ją również na niezgodnych z treścią oferty konsorcjum Polimex założeniach dotyczących sprawności 0,9 dla każdej z grup stopni występujących w turbinie (w ofercie konsorcjum Polimex – załącznik B6, tabela 2.1 – dane ogólne turbozespołu, poz. 16 - sprawność wewnętrzna części wysokoprężnej turbiny – WP dla nominalnych warunków pracy, sprawność wewnętrzna części średnioprężnej turbiny – SP dla nominalnych warunków pracy, sprawność wewnętrzna części niskoprężnej turbiny – NP dla nominalnych warunków pracy odbiega od założeń konsorcjum CNEEC i jest dla każdej z części różna od 0,9 %, także średnio nie odpowiada parametrowi 0,9%, k. 2828 oferty konsorcjum Polimex). W skraplaczu przyjęto ciśnienie pary na wylocie z turbiny 0,05 bar (załącznik B6, tabela 2.3 – skraplacz, pkt 3 – ciśnienie pary w skraplaczu przy temperaturze wody chłodzącej 19 stopni C, k. 2832 oferty konsorcjum Polimex), zakładając jednocześnie, „że ze względu na



zastosowanie w projekcie chłodni kominowej jako dolnego źródła ciepła”, taka wartość ciśnienia „w normalnych warunkach eksploatacji będzie (...) bardzo trudna do osiągnięcia”. Przyjęto sprawność generatora 0,9875, straty mechaniczne w turbinie – 700kW, sprawność wszystkich pomp przyjęto jako 0,8 i temperaturę wody zasilającej kocioł na 310 stopni C (temperatura wody zasilającej – tabela 3.3 poz. 6, k. 2834 oferty konsorcjum Polimex, zgodnie z siwz – załącznik B6, tabela 3.2, poz. 6, k. 21 siwz). Przyjęto w konsekwencji, że moc potrzeb własnych turbozespołu wynosi 37000kW, a maksymalna sprawność turbozespołu to 50,5%. Moc potrzeb własnych bloku założono na 5% (załącznik B2 -1.1, pkt. 1.1, kropka druga, k.1422 oferty konsorcjum Polimex - jest to wartość wyższa niż 5%), a maksymalną sprawność kotła dla instalacji przyjęto na poziomie 94% (na podstawie „najnowszych danych literaturowych”, podczas gdy w ofercie konsorcjum Polimex parametr ten jest wyższy (załącznik B6, tabela 1.1 – dane ogólne kotła, poz. 44, k. 2817 oferty konsorcjum Polimex). Obliczenia te są nieprzydatne dla udowodnienia, że parametry sprawności bloku na poziomie 45,59%, a mocy bloku 1000 MW, są niemożliwe do osiągnięcia, zważywszy w szczególności zarzucaną przez konsorcjum CNEEC innowacyjność rozwiązania dotyczącego turbiny oraz nieprawidłowe założenia dotyczące rozmiarów chłodni kominowej, sprawności wewnętrznej turbiny, sprawności kotła zawartej w ofercie konsorcjum Polimex oraz zapotrzebowania na energię na potrzeby własne w tej ofercie. Zatem brak w złożonych ofertach wszystkich danych niezbędnych do sprawdzenia prawidłowości dokonanych obliczeń, uniemożliwia sprawdzenie prawidłowości ich wyliczenia.

2. Nie było sporne, iż ciśnienie w skraplaczu turbiny (ciśnienie pary na wylocie z turbozespołu) to jeden z czynników, którego wielkość jest uzależniona m.in. od mocy bloku netto, sprawności bloku, sprawności turbiny i parametrów układu chłodzenia (chłodnia kominowa). Konsorcjum CNEEC w toku postępowania dowodowego twierdziło, iż osiągnięcie gwarantowanych przez konsorcjum Polimex parametrów, uwzględniając ograniczenia wynikające z siwz w zakresie m.in. gabarytów chłodni kominowej jest możliwe, jeśli ciśnienie w skraplaczu nie przekroczy 0,05 bar (załącznik B6, tabela 2.3 – skraplacz, pkt 3 – ciśnienie pary w skraplaczu przy temperaturze wody chłodzącej 19 stopni C, k. 2832 oferty konsorcjum Polimex). Konsorcjum CNEEC twierdziło także, iż - przyjmując za punkt wyjścia sprawność

bloku netto oraz zakładaną sprawność kotła dla bloku o mocy 1000 MW - ciśnienie w skraplaczu w ofercie konsorcjum Polimex musi wynosić 0,07 – 0,08 bar (7 – 8 kPa) (załącznik do pisma procesowego konsorcjum CNEEC z 13 lipca 2012 r. – „Odpowiedź” z 11 lipca 2012 r., autor dr hab. inż. P..... K.....). Wskazało jednocześnie także, iż „przy braku wiedzy na temat technologii stosowanej obecnie przez Hitachi, można stwierdzić, że możliwe do osiągnięcia ciśnienie pary na wylocie z turbozespołu będzie w granicach 7 - 8 kPa”. W argumentacji odnosiło te wielkości do oferowanego przez siebie rozwiązania dla elektrowni o mocy 919 MW podnosząc, iż ciśnienie w skraplaczu w ofercie konkurenta musi być większe, niż w jego ofercie, zważywszy ograniczenia dla układu chłodzenia turbiny wynikające z siwz oraz moc elektryczną turbozespołu konsorcjum Polimex (1000 MW) (pismo procesowe z 3 lipca 2012 r. złożone przez konsorcjum na rozprawie CNEEC 4 lipca 2012 r.).

Stanowisko konsorcjum CNEEC jednak po pierwsze - opiera się na nie wyartykułowanych w siwz ograniczeniach dotyczących gabarytów chłodni kominowej, pod drugie – stanowi teoretyczne rozważania oderwane od rzeczywistej treści oferty konsorcjum Polimex, w szczególności w zakresie dotyczącym „technologii stosowanej obecnie przez Hitachi”, w tym ciśnienia w skraplaczu turbiny, po trzecie – za punkt odniesienia przyjmuje własną ofertę, której treść nie jest miarodajna dla oceny rzetelności parametrów oferowanych przez konsorcjum Polimex, zważywszy m. in. na charakterystykę przedmiotowego zamówienia (system „zaprojektuj i wybuduj”) oraz brak ograniczenia, co do możliwości stosowania rozwiązań innowacyjnych, nowatorskich.

3. Omówione w pkt. 1 i 2 powyżej stanowisko konsorcjum CNEEC Izba skonfrontowała z treścią opinii z 21 czerwca 2012 r. prof. dr hab. inż. T..... C..... i dr hab. inż. H..... Ł..... stanowiącej załącznik do odpowiedzi na odwołanie zamawiającego z 25 czerwca 2012 r. Powołana opinia opracowana została z uwzględnieniem treści oferty konsorcjum Polimex (załącznik B7 – gwarantowane parametry techniczne bloku energetycznego i instalacji pomocniczych, załącznik B2 – specyfikacja techniczna przedmiotu kontraktu, załącznik B6 – dane techniczne urządzeń, instalacji i obiektów, wykazu dostawców głównych urządzeń i instalacji technologicznych). Autorzy opinii wskazali, iż

największy wpływ na sprawność bloku mają parametry pary świeżej i wtórnej, ciśnienie w skraplaczu, sprawność części wysoko-, średnio-, i niskoprężnej turbiny, układ regeneracji, potrzeby własne bloku, sprawność kotła, co wskazuje na zbieżność stanowisk stron sporu w tym zakresie. W opinii tej odniesiono się do wartości poszczególnych parametrów podanych w ofercie konsorcjum Polimex. I tak w odniesieniu do wartości temperatury pary świeżej i wtórnej – stwierdzono, iż są to maksymalne temperatury przyjmowane obecnie dla nowych bloków energetycznych, a ciśnienie pary świeżej jest na poziomie charakterystycznym dla bloków energetycznych budowanych w Azji. Co do przyrostu temperatury wody chłodzącej w skraplaczu turbiny oraz spiętrzenia temperatury wskazano, iż są to standardowe wartości przyjmowane obecnie przy budowie skraplaczy boków energetycznych. Sprawność wewnętrzną turbiny oceniono jako wysoką, ale możliwą do osiągnięcia w świetle aktualnego stanu techniki. Układ regeneracji wody zasilającej przedstawiony w ofercie konsorcjum Polimex jest standardowym układem przyjmowanym w budowie bloków energetycznych, zmniejszenie zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne jest możliwe dzięki przyjęciu pomocniczych maszyn i urządzeń bloku o możliwie jak największej sprawności oraz podana sprawność pomp i wentylatorów jest możliwa do osiągnięcia. Opinia ta (traktowana przez Izbę, jak stanowisko strony) sporządzona została na podstawie treści oferty i wynika z niej możliwość osiągnięcia zakładanych parametrów. W załączniku 1 do opinii z 21 czerwca 2012 r. (załączonej do odpowiedzi na odwołanie zamawiającego z 25 czerwca 2012 r.) wymieniono poszczególne parametry zawarte w ofercie konsorcjum Polimex. Izba dokonała ich weryfikacji wskazując, iż odzwierciedlają one rzeczywiste parametry podane w ofercie konsorcjum Polimex (dotyczy wartości temperatury pary pierwotnej za kotłem, wartości temperatury pary wtórnej za kotłem, wartości ciśnienia pary świeżej na dolocie do turbiny, wartości przyrostu temperatury wody ochłodzonej w skraplaczu turbiny, wartości spiętrzenia temperatury w skraplaczu turbiny, sprawności wewnętrznej części wysokoprężnej turbiny WP dla nominalnych warunków pracy, sprawności wewnętrznej części średnioprężnej turbiny SP dla nominalnych warunków pracy, sprawności wewnętrznej części niskoprężnej turbiny NP dla nominalnych warunków pracy, jednostkowego zużycia energii cieplnej przez turbinę, długość łopatek ostatniego stopnia turbiny, sprawności kotła w warunkach znamionowych). W załączniku 2 do opinii z 21 czerwca 2012 r. (załączonej do odpowiedzi na odwołanie zamawiającego z 25 czerwca 2012 r.) zawarto

sprawdzające obliczenia bilansowe. Odnosząc się do analizy obiegu cieplnego wyjaśniono („Uwagi do obliczeń”, k. 5 opinii), iż „nie uwzględniono przecieków zewnętrznych w turbinie, ponieważ nie była znana konstrukcja uszczelnień w oferowanej turbinie”. Dla obliczeń przyjęto podane w ofercie parametry pary świeżej i wtórnej, strumień pary świeżej oraz sprawność kotła. Przyjęto ciśnienie w skraplaczu w wysokości odpowiadającej temperaturze wody chłodzącej. „Pozostałe dane przyjęto na podstawie własnych doświadczeń i analiz”. I dla tak przyjętych danych wyznaczono sprawność bloku i jednostkowe zużycie ciepła przez turbozespół. Z opinii wynika, iż brak danych dotyczących przecieków zewnętrznych w turbinie może mieć wpływ na wartość jednostkowego zużycia ciepła przez turbozespół. Wyliczenia te potwierdzają możliwość uzyskania parametrów zbliżonych do zaoferowanych w ofercie konsorcjum Polimex (tabela 1). Niemniej jednak i ta opinia, mimo iż autorzy mieli dostęp do treści oferty konsorcjum Polimex, ma charakter warunkowy - ze względu na brak istotnych informacji w treści oferty konsorcjum Polimex opiera się na poczynionych przez opiniujących założeniach.

4. Nie było kwestionowane, iż parametrem kluczowym dla weryfikacji sprawności kotła (jako parametru warunkującego sprawność bloku) jest określony w siwz (część III, załącznik A4, tablica 1.1, k. 3 siwz) skład węgla gwarancyjnego. Jak wskazano w przywołanym punkcie siwz kocioł ma umożliwić dotrzymanie gwarantowanych parametrów technicznych dla przedstawionych w tablicy 1.1 parametrów węgla gwarancyjnego. Skład węgla gwarancyjnego podany w załączniku A4 do siwz nie odpowiada rzeczywistym parametrom, gdyż suma udziałów poszczególnych pierwiastków przekracza 100% (wynosi 103%). Każdy wykonawca zatem opracowując ofertę i deklarując osiągnięcie określonych parametrów, w tym parametru sprawności kotła, a w konsekwencji sprawności bloku, musiał dokonać przeliczenia wartości pierwiastkowej węgla tak, aby suma pierwiastków stanowiła 100%. Sposób przeliczenia składu węgla nie został podany przez konsorcjum Polimex w ofercie, zatem nie może być on skonfrontowany z parametrem deklarowanej sprawności kotła pod kątem ani poprawności wyliczeń matematycznych, ani realności podanych parametrów pochodnych od składu pierwiastkowego węgla.

Parametry spalnego paliwa stanowią m.in. podstawę do obliczeń bilansowych instalacji kotłowej wraz z urządzeniami pomocniczymi zgodnie z normą PN – EN 12952 – 15. W ofertach podana jest globalna strata ciepła (zgodnie z powołaną normą parametr sprawności kotła jest bezpośrednio związany ze stratami ciepła kotła), natomiast brak jest informacji o poszczególnych rodzajach strat. Informacja taka jest niezbędna do precyzyjnej weryfikacji możliwości osiągnięcia przez kocioł sprawności na podanym w ofercie przez konsorcjum Polimex poziomie (protokół z rozprawy z 23 lipca 2012 r., k. 8 protokołu). Nie było w toku postępowania dowodowego kwestionowane, że na podstawie analizy pierwiastkowej obliczane są m.in. jednostkowe zapotrzebowanie powietrza do spalania, jednostkowa ilość spalin suchych i mokrych, ilość pyłu lotnego za kotłem, ilość spalnego paliwa, strumień objętościowy powietrza i spalin, wielkość i usytuowanie powierzchni ogrzewalnych kotła, strumień masy wtrysków pierwotnych i wtórnych (streszczenie mowy końcowej konsorcjum CNEEC – pismo z 23 lipca 2012 r.). Przyjęcie niewłaściwych wielkości udziałów pierwiastkowych w spalonym paliwie może wpłynąć na uzyskanie błędnych parametrów, jednak okoliczność ta jest nieweryfikowalna, bowiem nie jest wiadomym, w jaki sposób konsorcjum Polimex dokonało przeliczenia wartości pierwiastkowej węgla. Konsorcjum Polimex w toku rozprawy oświadczyło, że odpowiednio dostosowało skład pierwiastkowy węgla dla potrzeb obliczeń cieplnych kotła. Brak podstaw, aby odmówić wiary wyjaśnieniom wykonawcy, który zobowiązał się, że deklarowane parametry sprawności bloku 45,59 % i mocy bloku 1000MW dotrzyma.

5. Brak podstaw by twierdzić, że dla wyliczeń parametrów gwarantowanych konsorcjum Polimex przyjęło inne założenia, niż wynikające z treści siwz. Wymagania te konsorcjum CNEEC przywołało m.in. w piśmie z 2 lipca 2012 r. (złożone na rozprawie 2 lipca 2012 r.), w pkt. I „Kocioł”. I tak w pkt. 1 - 5 odniosło się do poszczególnych parametrów mających wpływ na sprawność kotła. Analiza tych wymagań, w zestawieniu z treścią oferty konsorcjum Polimex wskazuje, iż osłonę bilansową konsorcjum Polimex ustaliło zgodnie z normą PN – EN 12952 – 15 (część III, załącznik A6, definicje – sprawność kotła, k. 15 siwz oraz załącznik B2 – 2.2 - dane bilansowe kotła, tablica 2.2.3, poz. 12, k. 1714 oferty konsorcjum Polimex). Brak podstaw by twierdzić, że parowy podgrzewacz powietrza jest – wbrew siwz

(część III, załącznik A6, pkt 3.2 tablica 3.2.1 – parametry i warunki pomiarowe dla wartości gwarantowanych, poz. 6 – podgrzewacz wstępny powietrza wyłączony, k. 5 siwz) – włączony oraz, że nieszczelność obrotowego podgrzewacza powietrza jest inna, niż dopuszczone w siwz 6 % (część III, załącznik A5, pkt 2.2.1.2.5.8, k. 51 siwz), a temperatura spalin za i temperatura powietrza przed obrotowym podgrzewaczem powietrza niezgodna z wymaganiem zawartym w ostatnim akapicie części III, załącznika A5, pkt 2.2.1.2.2 (k.33 siwz) oraz zawartość siarki w paliwie gwarancyjnym inna, niż 1,1% (część III, załącznik A4, tablica 1.1, poz. 6, k. 3 siwz). Treść oferty konsorcjum Polimex nie daje także podstaw by twierdzić, iż przyjęto dla obliczeń inne parametry powietrza otoczenia, do których należy odnieść obliczenia sprawności kotła, niż wynikające z części III, załącznik A6, tabela 3.2.1, pkt 3.2 siwz. Jak konsorcjum CNEEC wskazało w podsumowaniu powołanego wyżej pisma z 2 lipca 2012 r. w zakresie dotyczącym parametrów kotła, zamawiający w siwz określił dolną granicę możliwych do uzyskania temperatur spalin za obrotowym podgrzewaczem powietrza – nie może ona być mniejsza niż temperatura rosy - 119 stopni C (okoliczność niesporna). I w tym zakresie treść oferty konsorcjum Polimex odpowiada zatem siwz, gdyż wartość tego parametru przekracza 119 stopni C (załącznik B2, tablica 2.2.3 – dane bilansowe kotła dla węgla gwarancyjnego. k.1714 oferty konsorcjum Polimex). Zamawiający w części III, załącznik A6, pkt 3.4.6 pkt 1, tabela 3.4.6.1 oraz pkt 2 (k. 16 i 17 siwz) określił gwarantowane parametry jakości popiołu i żużla. Zawartość części palnych w popiele lotnym nie powinna przekraczać 4% (załącznik B7, pkt 2 – gwarantowane parametry techniczne grupy B, tablica 2.2 – gwarantowane parametry jakości popiołu lotnego poz. 1 – zawartość części palnych, tablica 2.3 – gwarantowane parametry jakości żużla, poz. 1 – zawartość części palnych w żużlu, k. 3250 oferty konsorcjum Polimex). Dalej konsorcjum CNEEC podało, że nadmiar powietrza w palenisku ma wpływ na powstawanie NOx, temperaturę spalin na wylocie z komory paleniskowej, zawartość części palnych w pyle lotnym i żużlu, powstawanie CO, stratę wylotową. Jakość przemiału wpływa na dynamikę procesu spalania, części palne w pyle lotnym i żużlu, potrzeby własne kotła, szybkość zużycia młyna. Wymaga jednak zauważenia, że zamawiający nie wymagał podania przez wykonawców w ofercie takich informacji na temat parametrów pracy kotła, jak choćby części palne w żużlu i popiele lotnym, nadmiar powietrza w spalinach za komorą paleniskową, nadmiar powietrza przed i za obrotowym podgrzewaczem powietrza. Tym samym i w tym kontekście nie jest

możliwe (brak danych w ofercie konsorcjum Polimex) zweryfikowanie prawidłowości obliczenia deklarowanej sprawności kotła, a zatem ustalenie, czy teza postawiona przez konsorcjum CNEEC w powołanym piśmie z 2 lipca 2012 r. odnośnie sprawności kotła, jak również w odwołaniu (możliwa do osiągnięcia sprawność kotła to około 94,1%), znajduje potwierdzenie, nie jest możliwe.

6. Nie było sporne, iż parametry urządzeń, w tym chłodni kominowej i turbozespołu warunkują uzyskanie odpowiedniej mocy i sprawności, a jak Izba wskazywała w pkt. ad. I.B. i ad. I.C. uzasadnienia, założenia dotyczące treści siwz w tym zakresie poczynione przez konsorcjum CNEEC odbiegają od rzeczywistego brzemienia siwz w tym postępowaniu, co także wskazuje na nieprzydatność zawartych w odwołaniu i prezentowanych w toku postępowania odwoławczego przez konsorcjum CNEEC symulacji.

Zasadnym jest w tym miejscu powołanie opinii dr inż. A..... S..... z 22 czerwca 2012 r., której treści konsorcjum CNEEC nie kwestionowało (z wyjątkiem spornej kwestii dopuszczalnej średnicy chłodni kominowej). W przywołanej opinii stwierdzono, że zamawiający pozostawił dostawcy bloku energetycznego dużą swobodę w ustalaniu parametrów działania chłodni kominowej ograniczając maksymalną wartość strefy chłodzenia, maksymalną wartość zbliżenia (poziomu chłodzenia tj. pośrednio temperaturę wody ochłodzonej) i maksymalną wysokość chłodni (dane projektowe chłodni kominowej, część III, załącznik A5, pkt 2.2.10.3 siwz). Tym samym każdy wykonawca mógł rozważyć dobór różnych wielkości chłodni i przeprowadzić analizę wpływu parametrów zimnego końca na sprawność bloku oraz dobrać wszystkie układy i urządzenia bloku pod kątem uzyskania maksymalnej sprawności. I z tej opinii wynika („Wnioski”, pkt 3), że konieczne, dla weryfikacji sprawności bloku, „obliczenia są bardzo złożone, do ich wykonania niezbędne jest dysponowanie pełnym modelem matematycznym siłowni, potwierdzonym praktycznie”. Takim modelem nie dysponuje ani zamawiający, ani konsorcjum CNEEC, nie dysponowałby także biegły, gdyby został powołany.

7. Kolejnym czynnikiem mającym wpływ na parametr sprawności bloku i mocy bloku są parametry turbozespołu – nie jest sporne, że parametr jednostkowego zużycia ciepła przez turbozespołu jest wskaźnikiem kumulatywnym, zawierającym w sobie wiele parametrów obiegu, takich jak sprawność turbiny, poszczególnych jej części i turbozespołu, układu cieplnego, w którym turbina pracuje, stanu regeneracji nisko i wysokoprężnej, warunków pracy dolnego źródła ciepła (parametry wody chłodzącej), parametrów pary pierwotnej i wtórnej, parametrów wtrysku wtórnego. Jednostkowe zużycie ciepła przez turbinę (turbozespół) podano w załączniku B2, tablica 2.2, poz. 4, ostatnia kolumna, k. 1712 oferty konsorcjum Polimex oraz w załączniku B6, tabela 2.1, poz. 8, k. 2827 oferty konsorcjum Polimex). Twierdzenia konsorcjum CNEEC, że oba (tzn. zaoferowane przez konsorcjum CNEEC i konsorcjum Polimex) turbozespoły mają podobne jednostkowe zużycie ciepła, a zatem i sprawność przemiany, co ma dowodzić tezy, iż rozwiązanie konsorcjum Polimex nie jest lepsze w tym aspekcie od rozwiązania konsorcjum CNEEC, a co za tym idzie, iż wątpliwy jest jego nowatorski charakter stanowiący najnowocześniejsze osiągnięcie techniki, w kontekście zarzutu nieprawdziwych informacji uznać należy za nieistotne. Jak już zostało wskazane, wszystkie trzy elementy wpływające na parametr sprawności bloku (sprawność kotła, jednostkowe zużycie ciepła przez turbinę, zużycie energii na potrzeby własne bloku) są od siebie zależne, tak samo, jak oferowane rozwiązanie technologiczne stanowi jedną, skomplikowaną, technologicznie zaawansowaną instalację, w której poszczególne systemy i urządzenia są od siebie zależne. Czterokadłubową turbinę, do której odnosiła się argumentacja konsorcjum CNEEC, cechuje duży przekrój wylotowy oraz długie tytanowe łopatki. Parametry tych elementów konstrukcyjnych turbiny podane są w ofercie konsorcjum Polimex (załącznik B6, tabela 2.1 – dane ogólne turbozespołu, poz. 3 i 23, k. 2827 i k. 2828 oferty konsorcjum Polimex). Geometria łopatek stanowi know – how konsorcjum Polimex. Konsorcjum CNEEC nie udowodniło, iż tytanowe łopatki nie mogą mieć parametrów wytrzymałościowych, w tym odporności na korozję i erozję takich, które umożliwiają osiągnięcie zakładanych przez konsorcjum Polimex sprawności bloku. O sprawności ostatniego stopnia części niskoprężnej turbiny decyduje m.in. prędkość wylotowa pary, a parametr ten nie został podany ani w siwz, ani w ofercie konsorcjum Polimex i stanowi indywidualne rozwiązanie konstrukcyjne (nie był wymagany). Tym samym nie jest możliwe, zważywszy brak wszystkich niezbędnych danych, sprawdzenie - na podstawie oferty konsorcjum Polimex - możliwości osiągnięcia zadeklarowanego w



ofercie jednostkowego zużycia ciepła przez turbozespół, a tym samym sprawności bloku i mocy bloku.

Konsorcjum CNEEC w odwołaniu przedstawiło w tym kontekście alternatywnie dwa rozwiązania, na podstawie których budowało alternatywnie dwie wersje uzasadnienia zarzutów odwołania, tj. z pompą wody zasilającej z napędem turbinowym (k. 13, pierwsza kropka) bądź z pompą zasilaną elektrycznie (elektropompą) (k. 13, druga kropka). Dla drugiego rozwiązania zamawiający załączył do siwz schemat technologiczny (część II – informacje o inwestycji, spis treści - pkt 3.6 – schematy technologiczne, ppkt 3.6.1 siwz – schemat obiegu para – woda, rysunek nr C1 – 41286). Konsorcjum Polimex zastosowało rozwiązanie z elektropompą (załącznik B6 tabela 3.3 – pompy wody zasilającej, poz. 1, k. 2835 oferty konsorcjum Polimex). Konsorcjum CNEEC stwierdziło w odwołaniu (w odniesieniu do rozwiązania z elektropompą – k.13 odwołania, kropka druga), że aby uzyskać sprawność bloku na poziomie 45,95%, jednostkowe zużycie ciepła przez turbinę parową musi wynosić poniżej 6850kJ/kWh, sprawność kotła powyżej 94,45%, a zużycie mocy na potrzeby obsługi elektrowni (obciążenie własne lub potrzeby własne) musi wynieść poniżej 8%. Tymczasem wg twierdzeń konsorcjum CNEEC jednostkowe zużycie ciepła przez turbinę parową Hitachi w takim układzie wynosi powyżej 6850kJ/kWh, a sprawność kotła w takiej sytuacji nie przekroczy 94,5%.

Analiza powołanego stanowiska konsorcjum CNEEC w tej kwestii wymaga podkreślenia, że po pierwsze opiera się na założeniu, że konsorcjum Polimex zaoferowało czterokadłubową turbinę Hitachi o charakterze prototypowym (pkt C odwołania, k. 8 -10) – stanowisko Izby w kwestii dopuszczalnych rozwiązań dotyczących turbiny oraz oferty konsorcjum Polimex w tym zakresie zawarte jest w pkt. ad. I.C. uzasadnienia i zachowuje aktualność także w kontekście omawianego zarzutu odwołania. Po drugie bazuje na twierdzeniu, iż jednostkowe zużycie ciepła przez turbinę parową Hitachi w takim układzie wynosi powyżej 6850kJ/kWh, co nie zostało poparte żadnymi dowodami. Z natury rzeczy może być utrudnione przedstawienie stosownych dowodów, bowiem - jak samo konsorcjum CNEEC stwierdziło – turbina taka jeszcze nie została wdrożona do komercyjnego zastosowania, zatem nie jest możliwe zweryfikowanie osiąganych przez nią parametrów, w tym jednostkowego zużycia ciepła. Argumentację tę konsorcjum CNEEC podtrzymało na rozprawie 11 lipca 2012 r. stwierdzając, że sprawność

turbiny ma przełożenie na sprawność bloku, jednak dane, które podane są w tym dokumencie (prezentacja PowerGen Europe 2012 dotycząca turbiny Hitachi), należy traktować informacyjnie, gdyż turbina jest prototypowa, nie są znane rzeczywiste parametry jej pracy (k. 4 protokołu z rozprawy z 11 lipca 2012 r.).

Do parametru jednostkowego zużycia ciepła przez turbinę konsorcjum CNEEC odniosło się m.in. w toku rozprawy 25 czerwca 2012 r. (k. 7 i 8 protokołu), twierdząc, że aby osiągnąć sprawność bloku na poziomie 45,59%, przyjmując potrzeby własne na minimalnym poziomie 5% (tak też opinii dr hab. inż. P..... K..... załączona do pisma procesowego konsorcjum CNEEC z 22 czerwca 2012 r. – złożonego na rozprawie 25 czerwca 2012 r.) oraz sprawność kotła w wysokości 94,6% - jak wynika ze wzoru służącego obliczeniu sprawności bloku - jednostkowe zużycie ciepła powinno wynieść nie więcej niż 7100 kJ/kWh, a taki parametr w świetle treści siwz jest mało prawdopodobny do osiągnięcia. Gdyby sprawność kotła była mniejsza wówczas odpowiednio większe będzie zużycie ciepła lub odwrotnie. W piśmie „Odpowiedź”, złożonym przez konsorcjum CNEEC w toku rozprawy 2 lipca 2012 r., dr hab. inż. P..... K..... przyjął dla dalszych obliczeń założenie, że wielkość mocy na potrzeby własne średnio można założyć na poziomie 6,5%, zatem wówczas potrzeby własne bloku to 65000 kW (65 MW). Zasadą jest (wzór na obliczenie sprawności bloku), iż im jest wyższe zużycie energii na potrzeby własne, tym niższa sprawność elektrowni i odwrotnie. Na rozprawie 10 lipca 2012 r. (k. 9 protokołu) konsorcjum CNEEC odniosło się do omawianej kwestii stwierdzając, iż przyjmując zużycie energii na potrzeby własne na poziomie 75 MW, znając moc bloku netto 1000 MW, obliczyć można zużycie energii na potrzeby własne 6,98%, uwzględniając, że różnica pomiędzy sprawnością kotła konsorcjum Polimex a konsorcjum CNEEC jest mniejsza niż 1 punkt procentowy, znając sprawność bloku 45,59%, można ustalić jednostkowe zużycie ciepła przez turbozespół na poziomie 6978 kJ/kWh. W piśmie procesowym z 10 lipca 2012 r. (złożonym na rozprawie 10 lipca 2012 r.), w pkt. 1 dotyczącym zużycia energii na potrzeby własne (obrazując przedstawione wyliczenia w tabelach 1 i 2 załączonych do powołanego pisma) konsorcjum CNEEC przedstawiło kolejne symulacje dotyczące zależności pomiędzy poszczególnymi danymi (sprawność kotła, jednostkowe zużycie ciepła przez turbinę oraz zużycie energii na potrzeby własne), opierając je o wzór będący podstawą do obliczenia sprawności bloku, z uwzględnieniem danych wynikających z tabeli

złożonej przez konsorcjum Polimex na rozprawie 4 lipca 2012 r. prezentującej porównanie parametrów realizowanych i projektowanych elektrowni. Odniosło się w tym kontekście także do parametrów oferowanego przez siebie rozwiązania. Izba argumentacji dotyczącej porównywalności określonych danych w ofercie konsorcjum Polimex i konsorcjum CNEEC, jak już podkreślała - nie uważa za przekonującą, tak samo jak odwoływanie się do parametrów innych elektrowni funkcjonujących bądź projektowanych, gdyż - jak zgodnie twierdzono w toku postępowania dowodowego - każda inwestycja jest inna, a i dla potrzeb danej inwestycji - każdy wykonawca ma właściwe dla siebie rozwiązania techniczne i technologiczne. Dane podane przez konsorcjum Polimex w tabeli zawierającej funkcjonujące (projektowane) elektrownie, odnośnie jego inwestycji dla zamawiającego - są danymi przybliżonymi w stosunku do tych, podanych w ofercie tego konsorcjum, co nie powinno budzić wątpliwości zważywszy, iż informacje te objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa konsorcjum Polimex. Dalej zauważyć trzeba, iż konsorcjum CNEEC w piśmie z 2 lipca 2012 r. (złożonym na rozprawie 2 lipca 2012 r. autorstwa Cezarego Polskiego) wskazało, iż przy przyjęciu współczynnika mocy na potrzeby własne w wysokości 7,2% jest możliwe, lecz przy zerowym lub marginalnym zapasie, jednak z uwagi na zużycie maszyn w trakcie eksploatacji sprawność ta będzie niższa.

Opisane powyżej szeroko rozważania konsorcjum CNEEC sprowadzają się zasadniczo do „podstawiania” do wzoru na obliczenie sprawności bloku przyjmowanych hipotetycznie parametrów sprawności kotła, zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne oraz jednostkowego zużycia ciepła przez turbozespół. Spekulacje te, dla wykazania zarzutu nieprawdziwych informacji, są bezużyteczne. W ofercie konsorcjum Polimex powołane parametry (choć objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) są podane - moc elektryczna na potrzeby własne podano w załączniku B2 - 1.1, pkt. 1.1, kropka druga (k.1422 oferty konsorcjum Polimex), jednostkowe zużycie ciepła przez turbinę (turbozespół) podano w załączniku B2 - 2.2, tablica 2.2, poz. 4, ostatnia kolumna (k. 1712 oferty konsorcjum Polimex) oraz w załączniku B6, tabela 2.1, poz. 8 (k. 2827 oferty konsorcjum Polimex), a sprawność kotła wskazano w załączniku B6, tabela 1.1 - dane ogólne kotła, poz. 44 (k. 2817 oferty konsorcjum Polimex). Analiza przytoczonego stanowiska spierających się stron prowadzi do wniosku, iż rzetelne sprawdzenie, czy podana w ofercie konsorcjum Polimex wartość zużycia energii na potrzeby własnych

- tak jak jednostkowego zużycia ciepła przez turbinę i sprawności bloku - jest prawidłowa, nie jest możliwe, nawet przy pełnej wiedzy o treści oferty konsorcjum Polimex. Udowodnienie, że parametry te są nieprawdziwe (są one podstawą do obliczenia sprawności bloku i mocy bloku), w realiach sprawy, ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia („zaprojektuj i wybuduj”), treść siwz oraz treść oferty konsorcjum Polimex (brak wyczerpujących informacji niezbędnych do sprawdzenia prawidłowości wyliczeń), nie jest możliwe.

8. Przedmiotem rozważań konsorcjum CNEEC była także wartość zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne bloku, jako elementu mającego wpływ na sprawność bloku. W piśmie z 10 lipca 2012 r. konsorcjum CNEEC sformułowało tezę, że konsorcjum Polimex musiało popełnić w tym zakresie błąd w obliczeniach, który może wynikać z przyjęcia, że wszystkie główne urządzenia pomocnicze bloku pracują przy swojej nominalnej sprawności, a w rzeczywistych układach nie ma na to miejsca. Dalej twierdziło, że urządzenia takie jak pompy wody zasilającej, młyny węglowe, wentylatory młynowe, wentylatory powietrza i spalin, elektrofiltr, pompy wody chłodzącej są w ofercie konsorcjum Polimex urządzeniami wybranymi z fabrycznych typoszeregów i w rzeczywistych układach zazwyczaj nie pracują one przy optymalnych swoich sprawnościach, co wynika z doboru tych urządzeń do pełnego zakresu pracy bloku. Przyjęcie do obliczenia mocy potrzeb własnych bloku danych znamionowych, a nie ich charakterystyk fabrycznych, jest w opinii konsorcjum CNEEC znaczącym błędem. Drugim powodem błędu może być brak ujęcia wszystkich urządzeń pomocniczych bloku (jest ich w bloku tysiące).

Treść oferty konsorcjum Polimex nie daje podstaw do stwierdzenia domniemanych przez konsorcjum CNEEC błędów. Sprawdzenie, czy to przez biegłego, czy zamawiającego, czy konsorcjum CNEEC sposobu obliczenia wielkości podanej w ofercie konsorcjum CNEEC jako potrzeby własne nie jest możliwe. W ofercie nie są wymienione wszystkie urządzenia elektryczne, których zapotrzebowanie na energię składa się na parametr zużycie energii na potrzeby własne bloku. Nie są także tym samym podane parametry techniczne tych urządzeń, zatem nie można zweryfikować, czy konsorcjum Polimex uwzględniło nominalne sprawności czy nie, w ogóle nie można sprawdzić poprawności wyliczenia w tej kwestii. Ponadto poszczególne urządzenia pracują w określonych konfiguracjach - także one mają

wpływ na ich spalność czy efektywność. Jak konsorcjum CNEEC stwierdziło w toku rozprawy 25 czerwca 2012 r. (k. 7 protokołu) moc poszczególnych urządzeń uzależniona jest od indywidualnie zastosowanych rozwiązań. W ofercie brak szczegółowego projektu, który umożliwiłby ocenę tych parametrów z uwzględnieniem także i tego aspektu. Z tych powodów także nie można zweryfikować postawionej przez konsorcjum CNEEC tezy, że współczynnik mocy na potrzeby własne w wysokości 7,2%, jest możliwy przy zerowym lub minimalnym zapasie. Oczywistym jest, że maszyny się zużywają w trakcie eksploatacji, ale i ten aspekt nie może być pozytywnie zweryfikowany (spadek sprawności w trakcie eksploatacji) w kontekście energochłonności z powodów opisanych wyżej. Zarzut nieprawdziwych informacji nie może być tylko uprawdopodobniony. Wobec braku istotnych informacji w treści oferty konsorcjum Polimex (gdyż zamawiający w siwz nie wymagał ich podania), niezbędnych do wyliczenia zużycia energii na potrzeby własne, nie jest możliwe na podstawie oferty konsorcjum Polimex wyliczenie tego parametru, a tym samym zweryfikowanie parametru sprawności bloku i mocy bloku. Wszelkie wyliczenia będą zawierały pewien margines błędów. Aby stwierdzić nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i wykluczenie wykonawcy z postępowania, konieczne jest niewątpliwe stwierdzenie (a nie tylko uprawdopodobnienie), że dany parametr jest obiektywnie (w świetle treści siwz) niemożliwy do osiągnięcia.

9. Twierdzenie konsorcjum CNEEC, że nie jest możliwe dotrzymanie wynikających z siwz cykli remontowych turbiny, gdyż cechuje ją prototypowość (zatem jeszcze nigdzie nie została wdrożona), co oznacza, iż nie są możliwe do zweryfikowania faktyczne wymagania remontowe w tym zakresie, a łopatki ostatniego stopnia turbiny Hitachi powodują, iż wykonawca nie może zagwarantować rocznego czasu eksploatacji na wymaganym poziomie 8150 h, jest nieudowodnione. Konsorcjum Polimex zobowiązało się do dotrzymania określonych cykli remontowych, a konsorcjum CNEEC nie udowodniło, że nie można ich dotrzymać. W szczególności nie dowodzi tego fakt, iż turbina, do której konsorcjum CNEEC się odnosiło w toku postępowania odwoławczego, jeszcze nie została zbudowana. Nie oznacza to, że wykonawca nie może zobowiązać się do określonych cykli remontowych.

10. Konsorcjum CNEEC postawiło tezę (rozprawa 23 lipca 2012 r., k. 8 protokołu), iż blok konsorcjum Polimex (1000 MW) jest większy od bloku konsorcjum CNEEC (919 MW), a ma mniejszy od tego bloku wskaźnik zużycia energii na potrzeby własne, co powinno wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do rzetelności oferty konsorcjum Polimex. Jednocześnie jednak konsorcjum CNEEC wskazało, że w ofercie konsorcjum Polimex nie są wymienione wszystkie urządzenia, lecz tylko podstawowe. Podkreślenia wymaga, iż brak w ofercie wymienienia wszystkich urządzeń pomocniczych, skutkuje niemożliwością zbadania rzetelności parametru zużycia energii na potrzeby własne. Ponadto w ofercie obu wykonawców wymienione są tylko podstawowe urządzenia oraz ich częściowy opis techniczny. Ustalenie parametrów tych urządzeń przez zamawiającego – jak chciałoby konsorcjum CNEEC (protokół rozprawy z 23 lipca 2012 r., k. 8 protokołu) - jest zatem w tym zakresie także ograniczone, bowiem nie jest wykluczone, że urządzenia instalowane w bloku przez konsorcjum Polimex będą specjalnie na potrzeby tej inwestycji modyfikowane. Zamawiający w siwz nie wykluczył także i w tym zakresie zastosowania rozwiązań nowatorskich czy prototypowych. Konsorcjum CNEEC potwierdziło, iż moc poszczególnych urządzeń uzależniona jest od indywidualnie zastosowanych rozwiązań (rozprawa z 25 czerwca 2012 r., k. 7 protokołu). Tym samym zrealizowanie przez zamawiającego postulatów konsorcjum CNEEC i wystąpienie do producentów urządzeń o ich pełną charakterystykę techniczną nie jest miarodajne dla ustalenia zapotrzebowania na energię tych urządzeń. Instalowane urządzenia będą pracowały w określonej konfiguracji z innymi urządzeniami i instalacjami, które zostaną dopiero zaprojektowane w fazie realizacji umowy. Nawet tam, gdzie wskazano w ofercie konsorcjum Polimex producenta urządzenia np. elementów kotła jak wentylatory czy obrotowe podgrzewacze powietrza, podano nazwy alternatywnie trzech producentów (załącznik B6, k. 2819 - 2821 oferty konsorcjum Polimex). Jak zgodnie twierdziły strony oraz konsorcjum Polimex nie ma dwóch identycznych bloków, więc nawet użycie urządzeń z półki wymaga odpowiedniego ich skonfigurowania. Ponadto założenia przyjęte przez konsorcjum CNEEC dotyczące mocy pompy zasilającej (50 MW) odbiegają od mocy pomp wynikającej z treści oferty konsorcjum Polimex (tabela 3.3, poz. 18 i 19, k. 2836 oferty konsorcjum Polimex). Konsorcjum CNEEC zatem bezpodstawnie dezawuowało w toku postępowania odwoławczego deklaracje konsorcjum Polimex, iż przygotowując ofertę dokonało analizy wymagań zamawiającego oraz możliwości technicznych urządzeń funkcjonujących na rynku, a

także wzięło pod uwagę ewentualną konieczność zaprojektowania urządzeń dla potrzeb tego zamówienia, tak aby zaoferować optymalne rozwiązania techniczne gwarantujące maksymalną sprawność (rozprawa 10 lica 2012 r., k. 5 protokołu). Zatem konsorcjum Polimex starannie dobrało urządzenia pomocnicze bloku, co pozwoliło zaoferować deklarowane parametry bloku - mocy i sprawności, w tym zoptymalizować zużycie energii na potrzeby własne bloku.

Podsumowując Izba podkreśla, iż zamawiający – także profesjonalista w tej branży, co potwierdziło konsorcjum CNEEC w swoim odwołaniu (k. 14) przyznając, że zamawiający posiada specjalistyczną wiedzę na temat sprawności bloku netto i zwyżki mocy, wydajności rozwiązań technicznych określonych w siwz i możliwości technicznych przy budowie bloków energetycznych – był w stanie dokonać prawidłowej oceny informacji podanych przez konsorcjum Polimex. Izba nie znalazła podstaw, aby stwierdzić, iż ta ocena została dokonana nieprawidłowo. Zamawiający nie był zobowiązany, aby wyjaśniać treść oferty konsorcjum Polimex, skoro nie budziła jego wątpliwości. Sam zamawiający (znając ograniczenia i wymagania siwz) – jako profesjonalista (co przyznało konsorcjum CNEEC w odwołaniu), przewidział możliwość zaoferowania sprawności bloku na poziomie 45,59% i moc bloku netto 1000 MW. Treść oferty konsorcjum Polimex jest zrozumiała, jednoznaczna, o parametrach technicznych mieszczących się w zakresie referencyjnym podanym przez zamawiającego w siwz, zatem zamawiający nie miał podstaw by wyjaśniać jej treść. Gwarantowane parametry zostały określone poprzez podanie konkretnych wartości liczbowych, w sposób precyzyjny i niebudzący wątpliwości, co do treści oświadczenia woli. Tym samym słusznie podniósł zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z 25 czerwca 2012 r., pkt 4), że niezasadne jest wyjaśnianie treści oferty w kwestionowanym zakresie, skoro już w siwz zostały określone możliwe zdaniem zamawiającego (i nie zakwestionowane we właściwym czasie przez konsorcjum CNEEC) parametry dotyczące mocy bloku oraz sprawności bloku. Zamawiający nie miał zatem, wobec jednoznacznej treści zarówno siwz, jak i oferty konsorcjum Polimex w tej kwestii, wszczynać postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Niezasadne jest więc postulowane przez konsorcjum CNEEC przedstawienie w ramach wyjaśnień przez konsorcjum Polimex konkretnych rozwiązań, które będą opracowywane i optymalizowane dopiero na etapie realizacji

zamówienia, czy też jakiegokolwiek weryfikowanie za pomocą tych wyjaśnień możliwości uzyskania spornych parametrów.

Dalej – co już Izba wskazała – dodać należy, iż kwestionowane elementy oferty konsorcjum Polimex stanowią oświadczenie woli wykonawcy, nie zaś informację o weryfikowalnych faktach. Stanowią one treść zobowiązania, określoną z uwzględnieniem wymogów zawartych przez zamawiającego w siwz i zgodnie z tymi wymaganiami. Postępowanie dowodowe, w pozwoliło także ustalić, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że zaskarżona oferta zawiera zobowiązanie do świadczenia niemożliwego (vide: argumentacja pkt. ad. II.1 -10 uzasadnienia).

Izba odniosła stanowisko konsorcjum CNEEC (wyrażone w odwołaniu, w pismach procesowych oraz w toku rozprawy) do danych liczbowych podanych w ofercie konsorcjum Polimex (sprawność kotła, zużycie energii na potrzeby własne oraz jednostkowe zużycie ciepła przez turbinę) i ustaliła, że pod względem matematycznym (podstawienie danych do wzoru zawartego w siwz na obliczenie sprawności bloku - kryterium 2), wyliczenia sprawności bloku jest dokonane prawidłowo. Prawidłowo także przyznano punkty w kryterium 3 – zwyżka mocy.

W pozostałym zakresie ani Izba, ani biegły, o którego powołanie konsorcjum CNEEC wnosiło, nie mieli możliwości sprawdzenia wszystkich parametrów mających wpływ na sprawność bloku oraz moc bloku. Powoływane przez konsorcjum CNEEC w toku postępowania odwoławczego kalkulacje – jak ustalono w toku postępowania dowodowego - odnoszą się (pośrednio lub bezpośrednio) do parametrów służących wyliczeniu sprawności bloku i mocy bloku. Jeśli przyjmie się (uwzględniając wzór służący obliczeniu sprawności bloku) dwa parametry na określonym poziomie, znając sprawność bloku 45,59%, wówczas można obliczyć trzeci parametr. Konsorcjum CNEEC – próbując udowodnić trafność zarzutów odwołania - prezentowało różne warianty wartości poszczególnych parametrów technicznych. Jednak, żeby zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp potwierdził się, jest konieczne jego udowodnienie. Na gruncie badanej sprawy – zważywszy na przyjęty model postępowania („zaprojektuj i wybuduj”) oraz wymaganą przez zamawiającego szczegółowość oferty (brak informacji o wszystkich oferowanych urządzeniach i ich parametrach



technicznych, brak wszystkich niezbędnych do obliczeń informacji pozwalających weryfikować poszczególne parametry techniczne, brak szczegółowego opisu oferowanej technologii i przyjętych rozwiązań), możliwość oferowania rozwiązań prototypowych, nieścisłości w siwz – wykazanie niemożliwości świadczenia nie jest realne, nawet gdyby oferta konsorcjum Polimex była jawna. Argumentacja konsorcjum CNEEC oparta jest także na nieprawidłowej interpretacji siwz w zakresie dotyczącym choćby dopuszczalnej średnicy chłodni kominowej. Ponadto zamawiający nie zakazał w siwz korzystania z rozwiązań innowacyjnych, prototypowych, zatem każdy wykonawca realizując umowę i przygotowując ofertę mógł przewidzieć, iż z takich rozwiązań będzie korzystał i nawet na potrzeby tego zamówienia specjalnie zaprojektować dedykowane rozwiązania, bądź zastosować innowacyjne podejście do istniejących. Każdy producent ma swoje indywidualne rozwiązania, know – how, chronione tajemnicą przedsiębiorstwa, niedostępne dla osób trzecich. Stanowisko to potwierdziło konsorcjum CNEEC na rozprawie 10 lipca 2012 r. (k.9 protokołu) stwierdzając, iż bez znajomości oferty konsorcjum Polimex i bez udziału tego konsorcjum nie jest możliwe ustalenie i zweryfikowanie wartości podanych w ofercie konsorcjum Polimex. Z oferty nie wynikają wszystkie parametry techniczne konieczne do tej weryfikacji. Argumentację swoją konsorcjum CNEEC budowało – jak stwierdziło na rozprawie - na podstawie treści siwz, wiedzy technicznej, jak również informacji, które uzyskuje w toku rozprawy przed Izba na podstawie argumentacji i dokumentów składanych przez zamawiającego oraz konsorcjum Polimex. Konsorcjum CNEEC potwierdziło, że możliwe jest zaprojektowanie nawet wszystkich urządzeń pomocniczych dla potrzeb zamówienia, co jednak oznaczałoby, że blok byłby prototypowy. W toku kolejnej rozprawy 11 lipca 2012 r. konsorcjum CNEEC modyfikowało swoje stanowisko wskazując, iż biegły będzie mógł zweryfikować ofertę konsorcjum Polimex (k. 11 i 14 protokołu), niemniej jednak, analizując całokształt materiału dowodowego zebranego w sprawie, Izba za przekonujące i wiarygodne oraz korespondujące z pozostałymi ustaleniami, dotyczącymi treści siwz oraz treści oferty konsorcjum Polimex, poczynionymi w toku postępowania odwoławczego, uważa twierdzenia konsorcjum CNEEC z rozprawy z 10 lipca 2012 r. (k. 9 protokołu). Tym samym w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie możliwe było udowodnienie, że osiągnięcie określonej sprawności bloku i mocy bloku przez konsorcjum Polimex, jest obiektywnie nierealne, i to niezależnie od tego, czy badający tę kwestię miałby dostęp do informacji objętych tajemnicą

przedsiębiorstwa konsorcjum Polimex, czy nie. Potwierdzeniem powyższego jest także treść przedstawionej przez konsorcjum CNEEC opinii dr hab. inż. P..... K....., w której autor odwołuje się do ogólnych standardów, najlepszych wzorców, parametrów, które przyjął dla dokonanych obliczeń. Analogiczne zastrzeżenia znajdujemy w opiniach prof. dr hab. inż. T..... C..... i dr hab. inż. H..... Ł..... i dr inż. A..... S..... Zatem stwierdzić trzeba, że uwzględniając zakres informacji, które wykonawcy mieli przedstawić w swoich ofertach (w świetle treści siwz), niemożliwym było udowodnienie, że zaoferowana sprawność bloku i moc bloku stanowią wartości obiektywnie na gruncie badanej sprawy nierealne (świadczenie niemożliwe).

Ustaleń takich nie mógłby także dokonać biegły, o którego powołanie wnioskowało konsorcjum CNEE na okoliczność, czy wyliczenia parametrów sprawności bloku i moc bloku podane przez konsorcjum Polimex są możliwe do uzyskania, mając na uwadze obostrzenia i ograniczenia oraz zasady obliczania powyższych parametrów, zawarte przez zamawiającego w siwz. Izba postanowiła o oddaleniu tego wniosku argumentując, iż do sprawdzenia prawidłowości wyliczeń sprawności bloku, o których mowa we wniosku o powołanie biegłego, nie są wymagane wiadomości specjalne, lecz podstawienie stosownych danych do wzoru, co czyni powołanie biegłego niezasadnym (art. 190 ust. 4 Pzp). Poza tym, zważywszy, że biegły miałby sprawdzić, czy możliwe jest osiągnięcie parametrów wyjściowych dla ustalenia sprawności kotła, zużycia energii na potrzeby własne oraz jednostkowego zużycia ciepła przez turbinę to przeprowadzenie takiego dowodu w świetle siwz oraz treści oferty konsorcjum Polimex złożonej w tym postępowaniu jest niemożliwe, gdyż w ofercie tej brak jest danych umożliwiających ich wyliczenie, o czym Izba szeroko wypowiedziała się w uzasadnieniu do pkt. ad. II. powyżej. Powołane okoliczności przesądziły o uznaniu, że powołanie biegłego jest niezasadne i prowadziłyby do przewlekłości postępowania. Zatem Izba oddaliła przedmiotowy wniosek dowodowy na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp.

Ponadto wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest konieczne, gdy nieprawdziwa informacja może mieć wpływ na wynik postępowania, co w realiach tej sprawy także nie zostało uwodnione. Ustalenie wpływu na wynik wymagałoby stwierdzenia, jaka sprawność bloku oraz moc bloku została przez

wykonawcę w rzeczywistości zaoferowana (jaka może być osiągnięta), co uwzględniając wyżej powołane uwarunkowania, także jest niemożliwe. Wpływ na wynik postępowania w realiach sprawy miałyby taka wartość sprawności bloku oraz mocy bloku, że podstawienie wartości tych parametrów do wzorów w kryterium 2 i 3, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, uwzględniając punktację w kryteriach 1 i 4, doprowadziłoby do uzyskania wyniku zmieniającego klasyfikację (ranking) wykonawców.

Zważywszy powyższe Izba nie stwierdziła uchybienia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

**Ad. III. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Polimex, jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia uczciwej konkurencji.**

Wobec nie uwzględnienia przez Izbę naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, także nie potwierdził się, będący konsekwencją zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Izba nie stwierdziła również naruszenia przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Nie uzasadniają go twierdzenia konsorcjum CNEEC dotyczące *de facto* nieprawidłowej interpretacji przez nie treści siwz dotyczącej dopuszczalności zmiany pozwolenia na budowę (średnica chłodni kominowej, miejsce pod turbozespół), a co za tym idzie i projektu budowlanego, do czego Izba szeroko odniosła w pkt. ad. I.B. i ad. I.C. uzasadnienia. Konsekwencją przyjętej przez konsorcjum CNEEC wykładni siwz było zaoferowanie zamawiającemu realizacji zamówienia na warunkach określonych w złożonej ofercie. Konsorcjum CNEEC przyjęło określoną interpretację siwz (odbiegającą od jej brzmienia) nie korzystając z możliwości wyjaśnienia swoich wątpliwości (przyjętego rozumienia postanowień siwz) w stosownym terminie. W konsekwencji Izba oddaliła wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodu z notatek z negocjacji lub innych dokumentów sporządzonych przez zamawiającego w trakcie lub po spotkaniach negocjacyjnych oraz projektu budowlanego i rysunków architektoniczno - konstrukcyjnych, bowiem zarówno przebieg negocjacji, jak i treść projektu

budowlanego i ww. rysunków, pozostają bez znaczenia dla oceny zasadności zarzutów odwołania. Przeprowadzenie postulowanych przez konsorcjum CNEEC dowodów prowadziłyby wyłącznie do przewlekłości postępowania, co obligowało Izbę do oddalenia wniosków dowodowych w tym zakresie na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp. Wykonawców na równych zasadach wiązała treść siwz, - przyjęcie tezy przeciwnej prowadziłyby do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust.1 Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wobec dokonania prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej także zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

#### **Ad. IV. Zarzut zaniechania ujawnienia wyjaśnień konsorcjum Polimex z dnia 21 maja 2012 r.**

Zarzut potwierdził się.

Izba ustaliła, iż konsorcjum Polimex zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa swoje wyjaśnienia z 21 maja 2012 r., udzielone zamawiającemu w odpowiedzi na pismo z 16 maja 2012 r. Zamawiający zwrócił się w nim o „dokonanie ponownej analizy materiałów i informacji utajnionych” w ofercie konsorcjum Polimex oraz wskazanie czynności podjętych w celu zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum Polimex w piśmie z 21 maja 2012 r. wyraziło zgodę na „odtajnienie” części informacji, jednocześnie podtrzymując stanowisko, co do statusu – jako tajemnicy przedsiębiorstwa – pozostałych. Zastrzegło także, że informacje zawarte w piśmie z 21 maja 2012 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wymaga zatem rozstrzygnięcia, czy zamawiający zasadnie odmówił konsorcjum CNEEC udostępnienia treści pisma konsorcjum Polimex z 21 maja 2012 r. Tym samym należy ocenić treść powołanego pisma w kontekście tego, czy zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślenia wymaga, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert

i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej reguły muszą być uzasadnione i udowodnione. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanymi im informacji.

Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne

informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zatem przyjmuje się, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: „zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”. Stanowisko to zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. (I CKN 304/00), w którym wskazano, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla

pewnego kręgu odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdej zastrzeżonej informacji i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) wyjaśniając, iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca – dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. Jeżeli, w ocenie zamawiającego, zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych, wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego

zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy trzeba zauważyć, iż zamawiający dopełnił obowiązku zbadania zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty, w wyniku czego konsorcjum Polimex pismem z 21 maja 2012 r. wskazało, dlaczego uważa, iż harmonogram rzeczowo – finansowy, harmonogram realizacji kontraktu, wykazy części zamiennych, program zapewnienia kontroli i jakości, lista podwykonawców i zakres przedmiotu kontraktu powierzony tym podwykonawcom oraz harmonogram dostarczenia dokumentacji wykonawcy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podał także jakiego rodzaju zabezpieczenia stosuje, w celu zachowania tych informacji w poufności. Nie jest sporne, że w toku postępowania zamawiający udostępnił, spośród dokumentów wymieniony w piśmie z 21 maja 2012 r., konsorcjum CNEEC harmonogram dostarczenia dokumentacji wykonawcy oraz harmonogram rzeczowo – finansowy (bez danych dotyczących opisów etapów). Izba w tym miejscu podziela pogląd konsorcjum CNEEC wyrażony w piśmie z 13 lipca 2012 r., że nawet gdyby tylko część informacji zawartych w piśmie z 21 maja 2012 r. stanowiło tajemnicę przedsiębiorstwa, to zamawiający zobowiązany byłby udostępnić wykonawcy pozostałą część pisma, nieobejmujących tych informacji. Zamawiający bowiem musi indywidualnie podchodzić do każdej informacji. Zobowiązany jest weryfikować, czy zasadność zastrzeżenia poufności odnosi się do całości, czy tylko części, gdyż może być tak, że zastrzeżenie treści całego dokumentu, zamiast jedynie części, jest nieuprawnione.

Analiza informacji zawartych w spornym piśmie wskazuje, iż żadna z nich nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W powołanym piśmie konsorcjum Polimex wyjaśniło ogólnikowo, dlaczego poszczególne dokumenty mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa (wskazało na przyczyny objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa), nie odnosząc się do szczegółowych treści tych dokumentów (w treści pisma nie zostały podane żadne parametry techniczne, technologiczne, organizacyjnych, czy inne mające wartość gospodarczą) oraz opisało czynności podjęte w celu zachowania w poufności tych informacji, nie zdradzając jednak ich szczegółowych



mechanizmów. Z treści omawianego pisma, wbrew stanowisku zamawiającego zawartemu w odpowiedzi na odwołanie z 25 czerwca 2012 r., nie sposób wyinterpretować informacje objęte w ofercie klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest tak, jak twierdził zamawiający, że w piśmie z 21 maja 2012 r. wykonawca odniósł się na tyle bezpośrednio i szczegółowo do merytorycznej treści zastrzeżonych dokumentów, że możliwym jest ustalenie treści oferty w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa. Ani konsorcjum Polimex, ani zamawiający nie przedstawili przekonujących argumentów pozwalających uznać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w piśmie z 21 maja 2012 r. za skuteczne.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, iż zamawiający uchybił art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dokument z 21 maja 2012 r. należało udostępnić wnioskującemu o to konsorcjum CNEEC. Izba jednocześnie, zważywszy na treść dokumentu z 21 maja 2012 r. , przyjęła, iż w realiach sprawy naruszenie ww. przepisów ustawy nie ma i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, gdyż w powołanym piśmie brak informacji, które mogłyby być wykorzystane do zakwestionowania treści oferty konsorcjum Polimex. W konsekwencji uwzględniając treść art. 192 ust. 2 Pzp odwołanie z tej przyczyny nie mogło zostać uwzględnione.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj.: stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem

postanowień § 6 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....