

**Sygn. akt: KIO 2037/12
KIO 2047/12**

**WYROK
z dnia 10 października 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Emil Kuriata
Jolanta Markowska**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2012 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie (sp. o sygn. KIO 2037/12),
- B. RAFAKO S.A. w Raciborzu (spr. o sygn. KIO 2047/12)

w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie –

zgłaszających przystąpienia w sprawach KIO 2037/12 oraz w sprawie KIO 2047/12 – po stronie zamawiającego;

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie – zgłaszających przystąpienie w sprawie KIO 2047/12 po stronie zamawiającego;
- C. Mostostal Warszawa S.A w Warszawie – zgłaszającego przystąpienie w sprawach KIO 2037/12 oraz KIO 2047/12 - po stronie odwołującego;
- D. RAFAKO S.A. w Raciborzu – zgłaszającego przystąpienie w sprawie 2037/12 - po stronie zamawiającego

orzeka:

1.

A. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie;

B. oddala odwołanie RAFAKO S.A. w Raciborzu;

- 2.** Kosztami postępowania obciąża odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie (spr. o sygn. KIO 2037/12), a także Rafako SA w Raciborzu (spr. o sygn. KIO 2047/12) i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w łącznej wysokości 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczone przez odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie (w spr. o sygn. KIO 2037/12); a także RAFAKO S.A. w Raciborzu (w spr. o sygn. KIO

2047/12), w tym po 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) od każdego z odwołujących;

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie na rzecz zamawiającego – Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (w spr. o sygn. KIO 2037/12);
- 3) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) przez Rafako SA w Raciborzu na rzecz zamawiającego – Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (w spr. o sygn. KIO 2047/12).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Koninie.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 2037/12
KIO 2047/12

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie w ramach projektu pn: „Uporządkowanie Gospodarki Odpadami na terenie subregionu Konińskiego” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 grudnia 2011 r. pod nr 2011/S 239-387201.

W postępowaniu, zostały złożone oferty przez dziesięciu wykonawców:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie,
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV,
4. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
5. RAFAKO S.A. w Raciborzu,
6. STRABAG spółkę z o.o. w Pruszkowie,
7. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Bilfinger Berger Budownictwo S.A. (lider), Valoriza Servicios Medioambientales S.A., JFE Engineering Corporation,
8. Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie,
9. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Polimex-Mostostal S.A., Fisia Babcock Environment GmbH,
10. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi

S.p.A. w Rzymie oraz T.M.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie.

Zamawiający dokonał w dniu 17 lipca 2012 r. wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH, INTROL S.A., ERBUD S.A., jednocześnie odrzucając siedem ofert, złożonych przez:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon;
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;
- 3) RAFAKO S.A. w Raciborzu,
- 4) STRABAG spółkę z o.o. w Pruszkowie,
- 5) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Bilfinger Berger Budownictwo S.A., Valoriza Servicios Medioambientales S.A., JFE Engineering Corporation,
- 6) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Polimex-Mostostal S.A., Fisia Babcock Environment GmbH,
- 7) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz T.M.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie.

W związku z powyższymi czynnościami zamawiającego, złożone zostały odwołania przez:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- 3) RAFAKO S.A., w Raciborzu,
- 4) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz T.M.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie,
- 5) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV,
- 6) Mostostal Warszawa SA w Warszawie,
- 7) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie.

Wyrokiem z dnia 14 sierpnia 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza, w sprawach o sygn. akt: KIO 1602/12, KIO 1607/12, KIO 1613/12, KIO 1616/12, KIO 1617/12, KIO 1618/12 uwzględniła odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie; RAFAKO S.A., w Raciborzu oraz Mostostal Warszawa SA w Warszawie, nakazując unieważnienie czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Rafako SA w Raciborzu, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Rafako SA w Raciborzu; a także nakazując odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV.

Zamawiający wykonał wyrok w części dotyczącej odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV, a następnie dokonując badania i oceny ofert, poprawił podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie;
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;
- 3) Rafako SA w Raciborzu;
- 4) Mostostal Warszawa SA w Warszawie.

Zamawiający dokonał oceny ofert, przyznając wymienionym wykonawcom następującą punktację, według przyjętego kryterium oceny ofert:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie – 93,034 pkt,
- 2) Rafako SA w Raciborzu – 91,308 pkt,
- 3) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – 90,312 pkt

4) Mostostal Warszawa SA w Warszawie – 81,921 pkt.

Na dokonany wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie a także dokonane poprawy w ofertach, odwołanie wniosków wykonawca Rafako SA w Raciborzu oraz – na dokonane poprawy - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Integral Engineering und Umwelttechnik GmbH, Erbud S.A., oraz Introl S.A., w Katowicach, zarzucili naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 1) i 2) w związku z art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie ich zastosowania i odrzucenia oferty RAFAKO S.A., podczas gdy ww. oferta podlega odrzuceniu;

2) art. 89 ust. 1 pkt 1) i art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie ich zastosowania i wadliwe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy i zaniechanie odrzucenia oferty RAFAKO S.A. oraz oferty wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego: WARBUD S.A., VINCI Environnement SAS, VINCI Environnement Polska Sp. z o.o., podczas gdy ww. oferty podlegają odrzuceniu.

Odwołujący wnioskował o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności Zamawiającego w zakresie oceny oferty RAFAKO i Konsorcjum WARBUD, dokonania ponownej oceny oferty RAFAKO i Konsorcjum WARBUD i ich odrzucenia, albowiem badania i oceny ofert dokonano w wyniku nierównego potraktowania wykonawców i z wadliwym zastosowaniem przepisów prawa,

2) przeprowadzenie wnioskowanych dowodów.

W zakresie przesłanek materialnoprawnych, których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy, odwołujący podał, iż ma interes (prawny) we wniesieniu odwołania, gdyż domaga się przeprowadzenia badania i oceny ofert z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Wykazanie istnienia interesu we wniesieniu odwołania sprowadza się do ustalenia, że odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które polega na zaniechaniu wykonania czynności, do których obligują go przepisy. Oferta odwołującego została aktualnie uznana za najkorzystniejszą, ale w wyniku rozstrzygnięcia wnoszonych w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o wyniku postępowania środków ochrony

prawnej, za prawnie dopuszczalną, a w konsekwencji możliwą do zaistnienia, uznać należy sytuację, w której końcowy wynik postępowania mógłby się zmienić. Odwołanie ma na celu zapobieżenie doprowadzeniu do zaistnienia takiej sytuacji, w szczególności wobec wystąpienia okoliczności skutkujących koniecznością odrzucenia ofert konkurencyjnych wykonawców. Za prawnie dopuszczalną należy – w ocenie odwołującego - uznać sytuację, w której dany wykonawca, którego oferty nie odrzucono lub inny wykonawca, którego ofertę uznaje się aktualnie za odrzuconą, złoży skutecznie odwołanie, którym doprowadzi do zmiany ostatecznego wyniku postępowania, w tym np.: rankingu ofert. Szkoda po stronie odwołującego może sprowadzać się do nieuzyskania przedmiotowego zamówienia oraz braku możliwości skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej po rozpatrzeniu odwołań wnoszonych aktualnie, tj. w terminie 10 dni po przesłaniu wyniku postępowania z dnia 14 września 2012 roku. Odwołujący powołał się na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1237/11): *„Dla wykazania interesu, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”* W uzasadnieniu ww. orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza potwierdza, że: *„nie podziela poglądów, iż wykonawca nie ma interesu w skarżeniu zaniechań zamawiającego. w sytuacji gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. Otóż wybór ten, jeżeli nie miał charakteru ostatecznego, to odwołujący winien się liczyć z tym, że konkurent, który złożył ofertę z korzystniejszą ceną, może skorzystać ze środków zaskarżenia i podnieść skuteczne zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty, co w niniejszym przypadku faktycznie nastąpiło.”* i dalej: *„Jeżeli bowiem zamawiający nie zbadał oferty w sposób skrupulatny, dokładny i całościowy, do czego był zobowiązany, zachowując zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, to już wówczas należało przypisać zamawiającemu naruszenie przepisów i zaniechanie wykonania czynności nakazanych ustawą, stanowiące podstawę i uprawniające do wniesienia odwołania.”* Ocena ofert dokonana przez zamawiającego powinna mieć zawsze charakter całościowego przeglądu wszelkich ich aspektów treściowych, zarówno formalnych (w tym podmiotowych) dotyczących merytorycznej strony przyszłego świadczenia (przedmiotowych). Zamawiający nie może więc pomijać okoliczności skutkujących koniecznością wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia danej oferty albo sklasyfikowania jej na określonej pozycji w rankingu ofert tylko dlatego, że uznaje, iż podjęte przez niego pozostałe czynności wystarczająco uzasadniają określone postępowanie, np.: zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy. Jeżeli oferta podlega odrzuceniu z kilku niezależnych od siebie przesłanek należy wykazać, że zachodzą wszystkie. Podobnie w przypadku wykluczenia. W przeciwnym razie domniemywać można, że danej okoliczności

zamawiający nie traktuje jako skutkującej wykluczeniem wykonawcy lub odrzuceniem oferty. Tymczasem w wyniku rozpatrzenia odwołania w zakresie podniesionych przez zamawiającego przesłanek odrzucenia lub wykluczenia może się okazać, że taka pominięta okoliczność może mieć kluczowe znaczenie dla prawidłowego zbadania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. Opisane wyżej zaniechanie postępowania zgodnego z przepisami prawa naraża odwołującego na realną szkodę. Gdyby bowiem oferta danego wykonawcy, która aktualnie jest odrzucona lub sklasyfikowana na niższej pozycji, w przypadku skutecznego wniesienia odwołania została przywrócona do badania i oceny lub sklasyfikowana wyżej, to odwołujący mógłby ponieść szkodę sprowadzającą się do braku możliwości uzyskania zamówienia i braku możliwości odwołania się od decyzji o jej wyborze i podniesienia zarzutów które uważa za uzasadnione. Upłynęłyby bowiem ustawowe terminy na ich podniesienie. Jeżeli dany wykonawca, w tym ten, którego oferta jest uznana za najkorzystniejszą uzyskuje informację o czynności lub zaniechaniu zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, winien w ustawowych terminach to odwołanie wnieść. W przeciwnym razie utraci prawo do wniesienia takiego odwołania w przyszłości, gdyż będzie ono podlegało odrzuceniu jako wniesione z uchybieniem ustawowych terminów.

W uzasadnieniu odwołujący podał:

- w zakresie zaniechania odrzucenia oferty RAFAKO: zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie ich zastosowania w stosunku do RAFAKO, którego oferta nie zawiera informacji, że co najmniej ostatni stopień przegrzewacza zabezpieczony jest materiałem stopowym odpornym na korozję „claddingem”, tj. nie zawierają minimalnego opisu rozwiązania technicznego i technologicznego zgodnego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1) w związku z zakazem wyrażonym w art. 87 ust. 1 i zasadą art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez złożenie wyjaśnień, które doprowadziły do zmiany treści oferty wobec skierowanego do niej wezwania trybie art. 87 ust. 1 ustawy:

Zgodnie z opisem "Węzła odzysku i przetworzenia odzyskanej energii", zawartym w pkt 1.10.1.4 Programu funkcjonalno-użytkowego (dalej: "PFU"), a w szczególności zawartym w nim pkt a "Kocioł odzyskowy" - str. 60 PFU, należało wykazać w ofercie zawarcie co najmniej następujących parametrów technicznych (wymagania minimalne): Ściany membranowe komory dopalania (ponad powierzchniami z wymurówką) oraz strop komory dopalania i co najmniej strop pierwszego ciągu opromieniowanego zabezpieczać przed korozyjnym działaniem spalin poprzez wykonanie napawania materiałem stopowym, odpornym na korozję (cladding)." [...] "Powierzchnie wymiany ciepła (rur) co najmniej

ostatniego stopnia przegrzewacza zabezpieczyć poprzez wykonanie napawania materiałem stopowym odpornym na korozję (cladding). Rozważyć również, uwzględniając własne doświadczenia, wykonanie takiego zabezpieczenia na rurach pierwszego pęczka parownika, „ochronnego” - przed ostatnim stopniem przegrzewacza." Z informacji, odczytanej z treści udostępnionych po ogłoszeniu wyniku postępowania załączników do protokołu, a w szczególności pisma Inżyniera Kontraktu z dnia 10 września 2012 r. wynika że konieczne stało się wezwanie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy RAFAKO do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej w postępowaniu oferty w zakresie podania w której części oferty Wykonawcy RAFAKO znajduje się informacja, że co najmniej ostatni stopień przegrzewacza zabezpieczony jest materiałem stopowym odpornym na korozję „claddingiem” W oparciu o powyższe, zamawiający pismem z dnia 11.09.2012 roku, skierowanym do RAFAKO zwrócił się o wyjaśnienie treści oferty w następującym zakresie: *"Mając powyższe na uwadze oraz wymóg Zamawiającego przedstawiony w załączniku nr 1 a do SIWZ o treści: Wykonawca musi zamieścić opis techniczny wszystkich węzłów technologicznych instalacji w takim stopniu szczegółowości i jednoznaczności. aby pozwoliło to na przeprowadzenie przez Zamawiającego pełnej oceny. czy przedstawiona oferta wypełnia wszystkie wymagania technologiczne i techniczne określone w rozdziałach 1.9 (Ogólne właściwości funkcjonalno - użytkowe), 1.10.1 (Rozwiązania technologiczne) oraz 1.10.2 (Rozwiązania architektoniczno-budowlane) Programu Funkcjonalno-Użytkowego (Załącznik nr 10 do SIWZ)"*Zamawiający zwraca się do Wykonawcy o podanie, w której części oferty Wykonawcy znajduje się informacja, że co najmniej ostatni stopień przegrzewacza zabezpieczony jest materiałem stopowym odpornym na korozję,, claddingiem Rafako oświadczyło „Działając imieniem RAFAKO S.A. w Raciborzu w oparciu o udzielone pełnomocnictwo, nawiązaniu do pisma z dnia 11 września 2012 roku ww. złożenia wyjaśnień odnośnie oferty RAFAKO S.A. wskazujemy co następuje: Potwierdzamy niniejszym, że ostatni stopień przegrzewacza w ofercie RAFAKO S.A. został zabezpieczony claddingiem, zgodnie z wymaganiami Programu Funkcjonalno - Użytkowego. W związku z powyższym gwarantujemy wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co jednoznacznie wynika i zostało potwierdzone w złożonej przez nas ofercie." Tym samym, wykonawca RAFAKO nie wskazał, w którym miejscu jego oferty zawarte są obligatoryjne informacje na temat zabezpieczenia co najmniej ostatniego stopnia przegrzewacza materiałem stopowym odpornym na korozję „claddingiem". Z powyższego wyciągnąć można tylko jeden wniosek - takiej informacji brak w ofercie RAFAKO. W konsekwencji oferta RAFAKO powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, ponieważ nie zawiera informacji bezwzględnie wymaganych treścią SIWZ, zatem jej treść nie odpowiada treści SIWZ; wykonawca zmienił treść oferty w ten sposób, że zawarty w niej obowiązkowy

opis techniczny wszystkich węzłów technologicznych instalacji, który miał być sporządzony w takim stopniu szczegółowości i jednoznaczności, aby pozwoliło to na przeprowadzenie przez zamawiającego pełnej oceny, czy przedstawiona oferta wypełnia wszystkie wymagania technologiczne i techniczne określone w rozdziale 1.10.1 (Rozwiązania technologiczne) PFU nie potwierdza, że ostatni stopień przegrzewacza w ofercie RAFAKO został zabezpieczony claddingiem. Dopiero złożone wyjaśnienia zawierają potwierdzenie ww. okoliczności. W konsekwencji oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy, w związku z naruszeniem zakazu zmiany treści oferty, wyrażonym w art. 87 ust. 1 ustawy, ponieważ niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Tymczasem złożone wyjaśnienia prowadzą wprost do zmiany treści oferty. Powyższe zaniechanie odrzucenia oferty RAFAKO narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

- w tej sprawie kierowane były zapytania do zamawiającego na etapie poprzedzającym składanie ofert. Pismami z dnia 20.02.2012 roku oraz z dnia 07.03.2012 roku zamawiający dwukrotnie potwierdził obowiązek zabezpieczenia ostatniego stopnia przegrzewacza claddingiem, czego RAFAKO nie dopełniło w treści swojej oferty. Złożone wyjaśnienie natomiast stanowią istotną, a zatem niedopuszczalną zmianę treści oferty.

- w zakresie zaniechania odrzucenia oferty RAFAKO i oferty Konsorcjum WARBUD: naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1) i art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie ich zastosowania i wadliwe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy poprzez poprawienie omyłek, które nie stanowią innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i zaniechanie odrzucenia oferty RAFAKO i oferty Konsorcjum WARBUD, podczas gdy ww. oferty podlegają odrzuceniu. Pismami z dnia 11.09.2012 roku zamawiający zwrócił się do RAFAKO i Konsorcjum WARBUD z wnioskami złożonymi w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy o wyrażenie zgody na poprawienie omyłek dostrzeżonych w treści ich ofert. W ocenie Odwołującego skala zmian wprowadzonych w wyniku wyrażenia zgody na poprawienie omyłek wykracza poza możliwość uznania, że są to omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści ofert. Wręcz przeciwnie, poprawienie parametru wysokości od dolnej krawędzi otworu rozładowczego (z 8,5 na 10), poprawienie liczby stref regulacji dopływu powietrza pierwotnego wzdłuż pokładu rusztu (z 5 na 10) w ofercie RAFAKO albo poprawienie parametru zapotrzebowania energii elektrycznej (z 1423 na 1,423), dopuszczalnego chwilowego wzrostu zawartości składników zanieczyszczeń (z 5000 na 417%), poprawienie dopuszczalnego chwilowego % wzrostu zawartości składników zanieczyszczeń w spalinach nieoczyszczonych (z 2000 na 1333%), gwarantowanej nadwyżki długości okresu międzyprzebiegowego ponad 6500 h (z 8000 na 1500),

gwarantowanej nadwyżki dyspozycyjności instalacji ponad 7800 h/rok (z 8000 na 200), gwarantowanej wartości TOC₂ z żużli i popiołów paleniskowych (z 2 na 1) albo wielkości jednostkowego zużycia poszczególnych reagentów (z 0.773 1/Mg na 7,3 kg/Mg) w ofercie Konsorcjum WARBUD, uznać należy za istotną ingerencję w treść ww. ofert. W konsekwencji stanowi to naruszenie zakazu zmiany treści ww. ofert, co winno skutkować ich odrzuceniem.

Odwołujący Rafako SA w Raciborzu złożył odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego, polegające na nieprawidłowej ocenie złożonych ofert, poprawieniu omyłek w ofertach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROLO S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROLO S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Integral jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności poprawy omyłek w ofercie Konsorcjum Warbud;
- 3) unieważnienia czynności poprawy omyłek w ofercie Konsorcjum Integral;
- 4) dokonania ponownej oceny ofert;
- 5) odrzucenia oferty Konsorcjum Integral;
- 6) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty RAFAKO.

Odwołujący podał, w zakresie przesłanek materialno prawnych, uprawniających do wniesienia odwołania, iż jego interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie przejawia się w tym, że na skutek niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności i zaniechań dokonanych przez zamawiającego, oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, w sytuacji gdy powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza. Konsekwencją powyższego jest powstanie szkody po stronie odwołującego, polegającej na braku uzyskania zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł:

- w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie: W piśmie z dnia 10 września 2012 roku zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Integral z wnioskiem o wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie tego wykonawcy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Omyłki te zostały rzekomo dokonane w Załączniku nr 1a w kryterium 2,2.3 „*Liczbo poziomów wprowadzania powietrza wtórnego*” oraz kryterium 2.5,4 „*Dopuszczalny chwilowy (średnio-30 minutowy) %-owy wzrost zawartości składników zanieczyszczeń (odrębna ocena dla HCl oraz dla SO₂) w spalinach nie oczyszczonych - ponad projektowe wartości nominalne*”. W wyniku wyrażenia zgody na ich poprawienie zamawiający skorygował w ofercie Konsorcjum Integral wartość w kryterium 2.2.3 z PPWi = 2 na PPWi = 6 oraz w kryterium 2.5.4 z DWZi(HCl) = 50% na DWZi(HCl) = 625% oraz DWZi(SO₂) = 75% na DWZi(SO₂) « 1000%. W przekonaniu odwołującego, dokonanie tych czynności przez zamawiającego było nieuprawnione i czynności te powinny zostać unieważnione. Ujawnienie przez zamawiającego danych dotyczących ilości składników zanieczyszczeń (HCl i SO₂) w spalinach nieoczyszczonych dla projektowych wartości nominalnych podanych w ofercie Konsorcjum Integral i przeliczenie wg danych wykonawcy na wartości chwilowe dopuszczalne powoduje, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający poprawiając omyłkę dotyczącą ilości stref powietrza wtórnego, powołuje się na rysunek 3900455 na stronie 2_45 utajnionej części oferty Konsorcjum Integral, w związku z czym odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z tej części oferty, w celu potwierdzenia podstaw dla dokonania czynności poprawienia omyłki. Zdaniem odwołującego, istotnym z punktu widzenia przedmiotowego postępowania jest fakt, iż w trakcie pierwszej oceny ofert złożonych w postępowaniu, zamawiający nie znalazł podstaw dla dokonania stosownej korekty, co więcej powyższa okoliczność nie była jedną z podstaw wniesienia odwołania przez Konsorcjum Integral. Wydaje się, że profesjonalny podmiot jakim jest Konsorcjum Integral działając w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zna swoją ofertę i analizując ilości punktów przyznane w poszczególnych kryteriach, w ramach oceny ofert (dokonanej w lipcu 2012 roku) będzie chciał ewentualny błąd zamawiającego polegający na przyznaniu mu zbyt małej ilości punktów skorygować, podnosząc stosowne zarzuty (tak jak zrobiło to w swoim odwołaniu z dnia 27 lipca 2012 roku RAFAKO SA), czego jednak nie zrobił. Powyższa okoliczność powoduje, że konieczne jest przeprowadzenie dowodu wskazanego powyżej, istnieją bowiem uzasadnione

przesłanki dla uznania, iż zamawiający dokonał błędnej interpretacji wskazanego rysunku, co następnie zostało potwierdzone przez Konsorcjum Integral i na tej podstawie dokonał poprawienia rzekomej omyłki, czym naruszył dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy zakazującego zmian w treści złożonej oferty.

- W przypadku potwierdzenia się powyższych okoliczności zaistniałaby konieczność wykluczenia Konsorcjum Integral z przedmiotowego postępowania zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

- W kwestii poprawek w ramach kryterium 2.5.4 „Dopuszczalny chwilowy (średnio-30 minutowy) %-owy wzrost zawartości składników zanieczyszczeń (odrębna ocena dla HCl oraz dla SO₂) w spalinach nie oczyszczonych ponad projektowe wartości nominalne”, Zamawiający dokonał ich w oparciu o dane przedstawione na stronie 1_151 oferty Konsorcjum Integral, gdzie zawarta została informacja o projektowych wartościach nominalnych zanieczyszczeń dla instalacji zaprojektowanej przez Konsorcjum Integral - odpowiednio HCl - 800 mg/Nm³ oraz SO₂ = 200 mg/Nm³. Jednocześnie zamawiający jako wartości maksymalne stężenia HCl i SO₂ dla obliczenia procentu wzrostu tych wartości przyjął dane zawarte w punkcie 7. W. 1.5. i PhU - Instalacja oczyszczania spalin, zgodnie z którym to zapisem: *Zespoły technologiczne segmentu oczyszczania spalin muszą być zaprojektowane tak, aby uwzględnić chwilowe „skoki” zawartości w spalinach „surowych” (nie oczyszczonych): SQ2 (mierzone jako średnia 30-minutowa - do 2000 mg/Nm³) HCl (mierzone jako średnia 30-minutowa - do 5000 ma/Nm³)*. Dysponując powyższymi danymi, zamawiający podzielił wartości maksymalne „skoków” przez wartości nominalne i na tej podstawie poprawił informacje zawarte w Załączniku nr 1a oferty Konsorcjum Integral odpowiednio z 50% na 625% w przypadku HCl i z 75% na 1000% w przypadku SO₂ wymóg oznaczony w treści punktu 1.10.1.5.1 Programu funkcjonalno - użytkowego był wymogiem bezwzględny, od którego zamawiający nie dopuszcza odstępstw, co jasno zaznaczył w odpowiedzi na pytanie nr 12 z dnia 7 marca 2012 roku, w którym jeden z wykonawców wniosł o obniżenie wartości „skoków” zawartości w spalinach nieoczyszczonych HCl i SO₂ do odpowiednio 4000 mg/Nm³ dla HCl i 1500 mg/Nm³ dla SO₂. Z informacji zawartej w piśmie zamawiającego do Konsorcjum Integral wynika, że w ofercie tego wykonawcy znajdują się następujące dane odnośnie wartości SO₂ i HCl w spalinach „surowych” za kotłem, a przed instalacją oczyszczania spalin: wartości nominalne (projektowe) oraz maksymalny procent wzrostu określony jako przyrost w stosunku do projektowych wartości nominalnych określony w tabeli 2.5.4 Załącznika 1a. Dysponując tymi informacjami Zamawiający powinien uznać, że wartości maksymalnego dopuszczalnego wzrostu zawartości HCl i SO₂ w przypadku oferty Konsorcjum Integral kształtują się następująco: dla HCl: 800 mg/Nm³ * 150% (wzrost o 50% w stosunku do wartości nominalnej) = 1200 mg/Nm³;

dla SO₂: 200 mg/Nm³ * 175% (wzrost o 75% w stosunku do wartości nominalnej) = 350 mg/Nm³. Dokonanie takich obliczeń powoduje konieczność uznania, że oferta Konsorcjum Integral jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a konkretnie z treścią punktu 1.10.1.5.1 PFU, a co za tym idzie, powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

- Zamawiający nie podjął decyzji o odrzuceniu oferty Konsorcjum Integral, lecz dokonał nieuprawnionych poprawek przyjmując bezpodstawnie, że wartość maksymalnych dopuszczalnych skoków zawartości w spalinach „surowych” HCl i SO₂ w ofercie Konsorcjum Integral jest zgodna z PFU (pomimo braku takiej informacji w treści samej oferty, co zostało zaznaczone w piśmie zamawiającego z dnia 10 września 2012 roku. Następnie wartości określone w PFU podzielił przez wartości nominalne instalacji wskazane na stronie 1_151 utajnionej części oferty i otrzymał wartości procentowe możliwego wzrostu zawartości tych substancji odpowiednio na poziomie 625% i 1000%. Powyższe działania należy uznać za bezpodstawne i naruszające przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dysponując dwoma zmiennymi wskazanymi wprost w ofercie, powinien na ich podstawie dokonać stosownych obliczeń i uznać, że oferta Konsorcjum Integral nie odpowiada treści SIWZ, nie zaś jak to uczynił przyjmować jedną zmienną, która nie została wprost wskazana w treści oferty i poprzez przeprowadzenie działań na niej dokonać poprawienia innej wartości w ofercie występującej.

- dokonanie stosownych obliczeń było uprawnione w stosunku do oferty Konsorcjum Warbud, w której w sposób niebudzący wątpliwości wskazane zostały wartości nominalne oraz maksymalne, a więc przeprowadzenie stosownych działań w sposób jasny prowadziło do wniosków, iż w treści złożonej oferty wystąpiła omyłka.

- całkowicie niezrozumiałym jest brak podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez Mostostal Warszawa SA, gdzie wprost wskazana została wartość wzrostu zawartości HCl do maksymalnie 3000 mg/Nm³, która to wartość jest niezgodna z wymogami punktu 1.10.1.5.1 PFU (patrz pismo Wykonawcy Mostostal Warszawa SA, do Zamawiającego z dnia 15,06.2012).

- jeśli interpretacja zapisów SIWZ dokonana przez Zamawiającego jest odmienna niż przedstawiona odwołaniu i wartości podane w treści punktu 1.10,1,5.1 PFU nie musiały zostać zachowane, lub nie wiążą się bezpośrednio z danymi koniecznymi do umieszczenia w Załączniku Ia kryterium 2.5,4 (z czym jednak Odwołujący się nie zgadza), to brak było podstaw do poprawienia omyłek w ofercie Konsorcjum Integral i czynność ta powinna zostać unieważniona.

- w zakresie zarzutów dotyczących oferty konsorcjum Warbud: zamawiający w ramach oceny ofert nakazanej wyrokiem Krajowej izby Odwoławczej dokonał przeliczenia w ofercie

Konsorcjum Warbud jednostkowego kosztu zużycia wszystkich reagentów oraz materiałów stabilizujących i zestalających wykorzystywanych w procesach przetwarzania przygotowania do składowania/unieszkodliwiania pozostałości poprocesowych. W wyniku tego przeliczenia przyjął, że ilość zużywanego opóźniacza wiązania betonu wynosi 0,7731/Mg spalanych odpadów, zaś cementu 7,3kg/Mg spalanych odpadów. Przyjęcie tych wartości jest bezpodstawne i nieuzasadnione obliczeniami dokonanymi w piśmie zamawiającego z dnia 10 września 2012 roku. Zamawiający bezpodstawnie przyjął że ilość zużywanego cementu na tonę spalanych odpadów wynosi jedynie 7,3 kg. Wartość ta została ustalona w oparciu o informacje zawarte w ofercie Konsorcjum Warbud, tj. zużycie cementu w wielkości 370 kg/h. Zamawiający przyjął zużycie cementu w odniesieniu jedynie do godzin pracy instalacji stabilizacji i zestalania odpadów, a więc 1857 h, czym zaniżył zużycie cementu, który faktycznie musi być wykorzystany. Zgodnie z obliczeniami zamawiającego, ilość cementu potrzebnego do zestalania odpadów powstałych w wyniku procesu termicznego przetwarzania odpadów wynosi ok. 687 mg rocznie, co jest wartością znacznie odbiegającą od zapotrzebowania na cement innych wykonawców, nawet uwzględniając różnice w stosowanej technologii. Dla porównania, ilość zużywanego rocznie spoiwa hydraulicznego w przypadku ofert innych wykonawców kształtuje się na poziomie od ok. 1 300 do 2 100 Mg rocznie. W ocenie odwołującego, brak było podstaw do dokonania poprawek w ofercie Konsorcjum Warbud i czynność ta powinna być unieważniona.

Odwołania wymienionych wykonawców zostały połączone do łącznego rozpatrzenia.

Do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie przystąpienia złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie a także RAFAKO S.A. w Raciborzu - po stronie zamawiającego; Mostostal Warszawa S.A w Warszawie - po stronie odwołującego.

Do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem Rafako SA w Raciborzu przystąpienia złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie – po stronie zamawiającego; Mostostal Warszawa S.A w Warszawie – po stronie odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uznano, że odwołania, wobec dokonanych w ofertach wykonawców poprawek są odwołaniami złożonymi w ustawowym, dziesięciodniowym terminie. Biorąc bowiem pod uwagę, że poprawy dotyczyły tych elementów ofert wykonawców, które zostały przez wykonawców utajnione, odwołujący dopiero z momentem poprawienia omyłek i wyrażenia przez wykonawców zgody, powzięli wiadomość o treści ofert, w zakresie kwestionowanym w odwołaniach.

Ustalono następnie, że obaj odwołujący, nie wykazali w odniesieniu do wszystkich podnoszonych zarzutów, że legitymują się przesłankami materialnoprawnymi – że posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dotyczy to odwołania złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, których oferta uznana została za najkorzystniejszą w postępowaniu oraz zarzutów podniesionych w odwołaniu Rafako SA w Raciborzu dotyczących oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

W powyższym zakresie oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, natomiast oferta Rafako SA w Raciborzu została sklasyfikowana jako korzystniejsza, aniżeli oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

Obaj odwołujący nie wykazali w powyższym zakresie możliwości poniesienia szkody w wyniku stawianych zarzutów wobec ofert, sklasyfikowanych jako mniej korzystne od ofert złożonych przez odwołujących.

Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia (wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu). Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań

zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż (...) przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarczy zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.). W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy - z różnych powodów - widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w

ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.), gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.”

Rzeczą wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanek. Oznacza to konieczność wykazania wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy. Obaj odwołujący nie sprostali temu obowiązkowi. W zakresie wykazania przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mieści się obowiązek zaprezentowania relacji pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem w sytuacji wykonawcy, a w konsekwencji – pomiędzy uwzględnieniem podniesionych zarzutów a zmianą tej sytuacji polegającą na zniwelowaniu szkody. Ani wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, ani Rafako SA w Raciborzu nie byli w stanie wykazać, że zarzuty skierowane wobec wykonawców, których oferty ocenione zostały jako mniej korzystne niż oferta danego odwołującego, mogą spowodować poniesienie przez nich szkody.

Powyższej oceny nie zmienia fakt uznania wspomnianych przesłanek materialnoprawnych po stronie wykonawców odwołujących się w poprzednio prowadzonym postępowaniu odwoławczym (w sprawach o sygn. akt: KIO 1602/12, KIO 1607/12, KIO 1613/12, KIO 1616/12, KIO 1617/12, KIO 1618/12), w tym także wykonawcy, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą. Zakres zakwestionowania dokonanej przez zamawiającego oceny ofert (siedmiu wykonawców), a także fakt odrzucenia przez zamawiającego na tamtym etapie siedmiu spośród dziesięciu ofert czynił dokonaną ocenę ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty niepewnym i opartym na niepełnych podstawach, skoro tylko niewielka część spośród złożonych ofert podlegała ocenie, co nakazywało uznać istnienie przesłanek materialnoprawnych po stronie każdego z odwołujących. Na obecnym etapie, czynności zamawiającego dokonywane są w warunkach, gdy ocena większości ofert dokonana została w sposób stabilny - z

uwzględnieniem wytycznych wyrażonych w uprzednio wydanym wyroku, zaś czynności zamawiającego podjęte z własnej inicjatywy wynikają z zastosowania tych wytycznych do pozostałych wykonawców. Stąd należy oczekiwać od odwołujących dokonania oceny oraz wykazania szkody, jej konkretyzacji w związku z zarzucanymi naruszeniami przepisów, a w konsekwencji - wpływu, jaki stawiane zarzuty oraz ich uwzględnienie odniesie w stosunku do sytuacji wykonawcy, przy czym nie chodzi o jakikolwiek wpływ, ale wpływ wyrażający się w sferze szkody po stronie danego odwołującego.

Z tego powodu, odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie podlegało oddaleniu, zaś podniesione w odwołaniu Rafako SA w Raciborzu zarzuty skierowane wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – nie podlegały rozpatrzeniu.

Poddając ocenie zarzuty podniesione w odwołaniu Rafako SA w Raciborzu, skierowane wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie uznano, iż nie znalazły one potwierdzenia.

Zarzuty odwołania wskazujące na bezpodstawne dokonanie w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie poprawy omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Praw zamówień publicznych okazały się nieuzasadnione.

Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnia niedopuszczalności dokonania poprawiania spornych wartości. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że w uprzednio wydanym w tej sprawie orzeczeniu zakreślone zostały w odniesieniu do innych wykonawców, w tym także odwołującego, pewne ramy w zakresie dokonywania poprawek. Po pierwsze, uznano, że zamawiający jest zobligowany dokonać poprawek w załączniku 1 a – tabela danych do kryterialnych ocen punktowych oferty, na podstawie części technicznej oferty, jeśli jej zawartość merytoryczna na to pozwala. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 sierpnia 2012 r. wydanego w sprawach o sygn. akt: KIO 1602/12, KIO 1607/12, KIO 1613/12, KIO 1616/12, KIO 1617/12, KIO 1618/12, w części dotyczącej odwołującego Rafako SA w Raciborzu, *„Biorąc pod uwagę okoliczność, że źródło dokonywanej ewentualnej poprawy jest znane – stanowi je część techniczna oferty, a także że zamawiający ma miarodajne podstawy do dokonania korekty załącznika 1 a (zgodnie z opisem zawartym w końcowej części załącznika 1a – str. 9 tego załącznika, część techniczna ma służyć przeprowadzeniu przez zamawiającego pełnej oceny, czy przedstawiona oferta wypełnia wszystkie wymagania technologiczne i techniczne Programu Funkcjonalno – Użytkowego), zamawiający w toku ponownego*

badania i oceny ofert jest obowiązany dokonać analizy rozbieżności między formularzem 1a oferty odwołującego a zawartością merytoryczną części technicznej oferty oraz dokonać stosownych poprawek w ofercie Rafako SA w Raciborzu.” Jednocześnie, w odniesieniu do zarzutów dotyczących zaniechania poprawienia w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV niezgodności w zakresie wartości gwarantowanej mocy elektrycznej brutto, podanych na str. 8 i 31 oferty wskazano, na brak możliwości poprawienia tych wartości, z uwagi na brak odpowiednich danych w dalszej części oferty, które pozwoliłyby uzyskać odpowiednie informacje, dla przesądzenia, które z rozbieżnych informacji są prawidłowe. Powyższe okoliczności znajdują zastosowanie także do ofert innych wykonawców, jeśli również w stosunku do nich zamawiający dokonując ich oceny nie uwzględnił rozbieżności między załącznikiem 1a, a opisową, techniczną częścią oferty. Zaniechanie powyższego stanowiłoby o nierównym potraktowaniu wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji, skoro zamawiający byłby zobligowany dokonać korekty w załączniku 1 a zawartym w ofercie odwołującego, celem uzgodnienia go z techniczną częścią oferty, a nie miałby takiej możliwości wobec innych wykonawców. Nie zmienia powyższej oceny fakt, że wykonawcy, których poprawienia ofert zamawiający dokonał, nie złożyli odwołań po dokonaniu przez zamawiającego pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty. Jak bowiem wskazuje orzecznictwo, zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatry się w swoim działaniu nieprawidłowości. Wskazuje się, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samodzielnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obciążone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo (analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2010r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia

2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11).

W analizowanym stanie faktycznym, sposób oceny sytuacji, polegającej na rozbieżności między treścią załącznika 1a oraz dalszą częścią oferty, w szczególności jej częścią techniczną został zakreślony wspomnianym wyrokiem; wynika z niego wyraźnie, że zamawiający zobligowany jest do dokonania takiego poprawienia w odniesieniu do oferty Rafako SA w Raciborzu. Odwołujący przy tym nie podniósł żadnej argumentacji, która by wskazywała na różnicę w sytuacji opisanej wskazanym wyrokiem, dotyczącej odwołującego, a stanami, jakie odnoszą się do innych wykonawców. Jedyne, co odróżnia te sytuacje, to okoliczność, że poprawienie omyłek w ofertach innych wykonawców nie jest następstwem wydanego wyroku, a dokonane zostało przez zamawiającego w wyniku zastosowania tych samych zasad i kryteriów wobec wszystkich wykonawców.

Zatem stawianie zarzutów w odniesieniu do czynności poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Praw zamówień publicznych załącznika 1a, składającego się na ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie należy uznać za nieuprawnione.

Zarzut wskazujący na niewłaściwą poprawę liczby poziomów wprowadzania powietrza wtórnego także się nie potwierdził. Jak wynika z analizy części technicznej, utajnionej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, w szczególności zawartego w tej ofercie rysunku, w ofercie tych wykonawców przewidzianych zostało sześć poziomów wprowadzania powietrza wtórnego. Zamawiający nie wprowadził przy tym szczegółowych wytycznych co do sposobu ulokowania wskazanych elementów spalarni, w tym wskazujących, że muszą być one na tej samej lub innej wysokości lub pozostawać w określonej relacji przestrzennej. Jednocześnie zamawiający podzielił zarzut wyrażony we wcześniejszym odwołaniu złożonym przez odwołującego, wskazujący na zaniechanie dokonania poprawienia omyłki w kryterium 2.2.3 - Liczba poziomów wprowadzenia powietrza w oparciu o część techniczną oferty, uzasadniony następująco: *„W kryterium 2.2.3 Zamawiający wymagał podania liczby poziomów wprowadzania powietrza wtórnego. W odniesieniu do tego kryterium w tabeli parametrów technicznych wpisana została omyłkowo wartość PPWi = 2, a faktycznie ilość niezależnych poziomów wprowadzania powietrza wynosi 4. Poprawna wartość jaka powinna znaleźć się w formularzu to PPWi = 4. Okoliczność ta w sposób jednoznaczny została przedstawiona w opisie technicznym na stronie 0198, (...) Na schemacie jasno wskazane zostały dwa kanały powietrza po każdej stronie paleniska. Z każdego z tych kanałów na dwóch poziomach (różnych dla każdego kanału) do komory doprowadzane jest ciągiem dysz powietrze. Na przedstawionym poniżej schemacie okoliczność ta została zaznaczona kolorem czerwonym. Jasno uwidocznione (strzałkami) zostały tam cztery poziomy doprowadzania powietrza. W celu wyjaśnienia tej kwestii należy podnieść, że po obu stronach paleniska będą ciągi rur doprowadzających powietrze, z których do komory spalania z każdej rury wprowadzane jest specjalnymi dyszami powietrze. Rury usytuowane są na dwóch poziomach, a z każdej z*

nich wyprowadzone są mniejsze ciągi z których powietrze włączane jest bezpośrednio do komory paleniskowej. Zastosowanie wskazanego rozwiązania powoduje, że powietrze wprowadzane jest na czterech różnych poziomach, co wspomaga proces dopalania.”

Zaprezentowane przez odwołującego rozumienie poziomów wprowadzania powietrza wtórnego, które było przecież podstawą podzielenia przez zamawiającego zarzutu stawianego we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym, znajduje zastosowanie także do oceny ofert innych wykonawców, w tym oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie. Z tego względu, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem wyrażonym w odwołaniu, iż *istotnym z punktu widzenia przedmiotowego postępowania jest fakt, iż w trakcie pierwszej oceny ofert złożonych w postępowaniu, Zamawiający nie znalazł podstaw do dokonania stosownej korekty, co więcej powyższa okoliczność nie była jedną z podstaw wniesienia odwołania przez Konsorcjum Integral*. Jak wskazano, jeśli zamawiający dokonywał oceny ofert w powyższym zakresie polegając jedynie na oświadczeniach wykonawców wyrażanych w załączniku 1a, zaś w następstwie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2012 r. otrzymał wytyczne co do sposobu dokonywania tej oceny, w tym uwzględnienia zawartości merytorycznej technicznej części ofert w zakresie wartości deklarowanych w załączniku 1a, to oznacza to, że tak dokonana ocena nie odnosi się wybiórczo jedynie do zarzutów w następstwie których jej dokonano, ale wyraża ogólne wytyczne co do znaczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ich zastosowania odpowiednich jej postanowień przy ocenie ofert. W myśl bowiem zastrzeżenia zawartego w części B – Technicznej zał. 1 a, wykonawca musi zamieścić opis techniczny wszystkich węzłów technologicznych instalacji w takim stopniu szczegółowości i jednoznaczności. aby pozwoliło to na przeprowadzenie przez Zamawiającego pełnej oceny, czy przedstawiona oferta wypełnia wszystkie wymagania technologiczne i techniczne określone w rozdziałach 1.9 (Ogólne właściwości funkcjonalno- użytkowe), 1.10.1 (Rozwiązania technologiczne) oraz 1.10.2 (Rozwiązania architektoniczno- budowlane) Programu Funkcjonalno- Użytkowego (Załącznik nr 10 do SIWZ). Oznacza to zatem, że w oparciu o część techniczną oferty zamawiający miał podstawy do dokonywania stosownych korekt w załączniku 1 a, i nie dotyczy to jedynie oferty złożonej przez Rafako SA w Raciborzu, ale każdego wykonawcy, co do którego zachodzi sytuacja, że z części technicznej oferty wynikają inne dane aniżeli z oświadczeń podawanych w załączniku 1a.

Powyższe czyniło zarzut postawiony w odwołaniu Rafako SA w Raciborzu, dotyczący poprawienia liczby poziomów wprowadzania powietrza wtórnego, bezpodstawnym.

Podobnie oceniono zarzut dotyczący poprawienia w załączniku 1 a, w kryterium 2.5.4 wartości HCl i SO₂ w spalinach nieoczyszczonych. Wbrew twierdzeniu odwołującego, w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, w części technicznej znajdują się informacje stanowiące podstawę do dokonania poprawy, a wartości, które zamawiający określił jako nieprzekraczalne dla chwilowych „skoków” zawartości HCl i SO₂ w spalinach nieoczyszczonych zostały przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie podane w ofercie, a nie zaczerpnięte przez zamawiającego z Programu Funkcjonalno – Użytkowego. Nie jest zatem tak, jak podaje odwołujący, że zamawiający dla dokonania poprawy oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie przyjął jedną zmienną, która nie została wprost wskazana w treści oferty i że z zastosowaniem tej zmiennej dokonano poprawienia innej wartości występującej w ofercie.

Podniesiony zarzut, wskazujący na konieczność przyjęcia innych wartości, aniżeli przyjęte przez zamawiającego przy dokonywaniu poprawy, zdaje się zmierzać do narzucenia pewnego sposobu obliczenia spornych wartości, wbrew treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także zawartości części technicznej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie. Wartości deklarowane w załączniku 1 a, w spornym zakresie miały mieć źródło w części technicznej oferty, stąd nie sposób podzielić argumentacji zmierzającej do wykazania, iż należało przyjąć inny, aniżeli przyjęty przez zamawiającego algorytm ustalania wartości HCl i SO₂ w spalinach nieoczyszczonych.

W konsekwencji, także zarzut wskazujący na niezgodność oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący powyższy zarzut osadził w fakcie postawienia przez zamawiającego wymagania w pkt 1.10.1.5.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego, by chwilowe „skoki” zawartości HCl i SO₂ w spalinach nieoczyszczonych nie przekraczały, odpowiednio: 4000% mg/Nm³ dla HCl oraz 1500 mg/Nm³ dla SO₂, przy przyjęciu wartości, jakie wynikają z danych przez ich poprawieniem, to jest dla HCl: 800 mg/Nm³ oraz 50 % wzrostu tej wartości, co daje 1200 mg/Nm³, i dla SO₂: 200 mg/Nm³ oraz 75% wzrostu w stosunku do wartości nominalnej, co daje 350 mg/Nm³. Przyjęcie danych wynikających z poprawienia wskazanych wartości w oparciu o treść części technicznej oferty, nie pozwala jednak uznać oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Nie stanowią przy tym potwierdzenia zasadności zarzutów przytaczane przez odwołującego Rafako SA w Raciborzu odpowiedzi na pytania nr 104 z 20 lutego 2012 r. oraz na pytania 12 i 20 z 7 marca 2012 r. Odnoszą się one do innych kwestii, aniżeli oświadczenia podawane w załączniku 1 a w kryterium 2.5.4, nie sposób im zatem przypisywać takiego znaczenia, jak czyni to odwołujący. Dla oceny oferty istotne są bowiem postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wymagania Programu Funkcjonalno – Użytkowego w zakresie uwzględnienia chwilowego podwyższenia (liczonego jako średnia 30 - minutowa) zawartości SO₂ oraz HCl w nieoczyszczonych spalinach do 2000 mg/Nm³ dla SO₂ oraz do 5000 mg/Nm³ dla HCl. Jeśli w ofercie uwzględniono powyższe, co znalazło wyraz w jej części technicznej, brak jest podstaw do formułowania wniosku o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Reasumując, podniesione przez odwołującego Rafako SA wobec czynności zamawiającego w odniesieniu do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie zarzuty, nie znalazły potwierdzenia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Skład orzekający