

POSTANOWIENIE
z dnia 7 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Protokolant: **Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, w Warszawie, w dniu **7 marca 2016 r.** odwołania wniesionego do **Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej** w dniu **26 lutego 2016 r.** przez **wykonawcę RAFAKO S.A.** z siedzibą w Raciborzu, ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.** z siedzibą w Bełchatowie, ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów

przy udziale:

- 1) **wykonawcy Balcke-Dürr z siedzibą w Warszawie, ul. Augustówka 24, 02-981 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**;
- 2) **wykonawca Hamon Reserch-Cottrell Gesellschaft mit beschränkter Haftung z siedzibą w Kolonii RFN** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu, ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz**

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu, ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232**) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie, ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Modernizacja elektrofiltrów bloków 1-3 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Turów«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **25.02.2015 r.** pod nrem **2015/S 039-067599**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **17.02.2016 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Balcke-Dürr** z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca RAFAKO S.A. z siedzibą w Raciborzu, ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **26.02.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Balcke-Dürr**, mimo że treść oferty jest niezgodna z treścią **SIWZ**, w ten sposób, że wartości podane przez **wykonawcę Balcke-Dürr** bazujące na innych niż wskazane w **SIWZ** parametrach nie odpowiadają wartościom, które byłyby ustalone i możliwe do osiągnięcia gdyby przyjęto do ich ustalenia parametry wskazane w **SIWZ**; dotyczy to przyjęcia parametrów do określenia zużycia sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania w warunkach gwarancyjnych;
- 2) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Balcke-Dürr**, mimo że treść oferty jest niezgodna z treścią **SIWZ**, w ten sposób, że **wykonawca Balcke-Dürr** świadomie zaniżył gwarantowane zużycie powietrza transportowego przez układ odpopielania, a co za tym idzie **wykonawca Balcke-Dürr** zawarł w treści oferty rozwiązanie (instalację) wprost (bezpośrednio) niezgodne z wymaganiami **SIWZ**, a także niezgodną z wiedzą branżową i doświadczeniem zawodowym (która to wiedza i doświadczenie wynika chociażby w

treści opinii firm specjalistycznych stanowiących załączniki do odwołania **wykonawcy Balcke-Dürr z 30.12.2015 r.**), a to wyłącznie w celu nieuzasadnionego uzyskania możliwie największej liczby punktów (w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert), a w konsekwencji w celu nieuzasadnionego uzyskania zamówienia;

- 3) **art. 87 ust. 1 Pzp** – przez zaniechanie wezwania **wykonawcy Balcke-Dürr** do złożenia wyjaśnień treści oferty w celu ustalenia jakie wartości parametrów spalin na wlocie do elektrofiltru zostały przyjęte przez **wykonawcę Balcke-Dürr** do wyliczenia gwarantowanej ilości powietrza transportowego układu **odpopielania** węgla gwarancyjnego;
- 4) **art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp** – przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy Balcke-Dürr**, a co za tym idzie przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Balcke-Dürr**, mimo że **wykonawca Balcke-Dürr** podał w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w ten sposób, że **wykonawca Balcke-Dürr** świadomie, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, zaniżył gwarantowane zużycie powietrza transportowego przez układ odpopielania, a co za tym idzie **wykonawca Balcke-Dürr** zawarła w treści oferty rozwiązanie (instalację) wprost (bezpośrednio) niezgodne z wymaganiami **SIWZ**, a także niezgodną z wiedzą branżową i doświadczeniem zawodowym (która to wiedza i doświadczenie wynika chociażby z treści opinii firm specjalistycznych stanowiących załączniki do odwołania **wykonawcy Balcke-Dürr z 30.12.2015 r.**), a to wyłącznie w celu nieuzasadnionego uzyskania możliwie największej liczby punktów (w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert), a w konsekwencji w celu nieuzasadnionego uzyskania zamówienia;
- 5) **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy Balcke-Dürr**, mimo że złożenie oferty przez **wykonawcę Balcke-Dürr** stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w ten sposób, że **wykonawca Balcke-Dürr** świadomie zaniżył gwarantowane zużycie powietrza transportowego przez układ odpopielania, a co za tym idzie **wykonawca Balcke-Dürr** zawarł w treści oferty rozwiązanie (instalację) wprost (bezpośrednio) niezgodne z wymaganiami **SIWZ**, a także niezgodną z wiedzą branżową i doświadczeniem zawodowym (która to wiedza i doświadczenie wynika chociażby w treści opinii firm specjalistycznych stanowiących załączniki do odwołania **wykonawcy Balcke-Dürr z 30.12.2015 r.**), a to wyłącznie w celu nieuzasadnionego uzyskania możliwie największej liczby punktów (w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert), a w konsekwencji w celu nieuzasadnionego uzyskania zamówienia;
- 6) **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp** – przez sformułowanie i interpretację treści **SIWZ** przez **zamawiającego** w sposób

powodujący, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika z faktu, że **zamawiający** nie dokonując odrzucenia oferty **wykonawcy Balcke-Dürr** jako niezgodnej z treścią **SIWZ** potwierdził, dopiero na etapie wyboru oferty **wykonawcy Balcke-Dürr**, że treść **SIWZ** w istocie nie pozwala na skuteczne ustalenie zgodności treści złożonych ofert z treścią **SIWZ**, a co za tym idzie nie pozwala na zastosowanie w sposób prawidłowy przyjętych kryteriów oceny ofert.

Zarzucana w **pkt 1 i 2** niezgodność treści oferty **wykonawcy Balcke-Dürr** z **SIWZ** wynika z treści odwołania **wykonawcy Balcke-Dürr** z **30.12.2015 r.** oraz treści **odwołania nr 2 wykonawcy Balcke-Dürr** z **08.01.2016 r.** wniesionych do Prezesa KIO wobec czynności **zamawiającego**, w których **wykonawca Balcke-Dürr** podał wyliczenia ilości pyłu do transportu dla węgla gwarancyjnego, jaka została przyjęta przez **wykonawcę Balcke-Dürr** przy formułowaniu treści oferty, przez przyjęcie w ofercie innych niż wymagane przez **zamawiającego** parametrów założeniowych dotyczących stężenia zapylenia spalin na wlocie do elektrofiltru.

Parametr zużycia sprężonego powietrza zdefiniowany w **SIWZ** jako „*gwarantowana wartość zużycia sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania przy obciążeniu 100% WMT na węglu gwarancyjnym*” jest – poza ceną – kluczowym do ustalenia kolejności ocen ofert wg bilansu kryteriów określonych w **SIWZ**. Podstawą do wyznaczenia jego wartości jest nie tylko zaoferowane przez **wykonawcę** rozwiązania instalacji transportu popiołu, ale przyjęta ilość popiołu do przetransportowania w warunkach określonych w definicji tego parametru tj. przy **100% WMT** i spalaniu węgla gwarancyjnego.

Sformułowany w pkt 6 zarzut naruszenia wskazanych przepisów ustawy wynika z treści odwołania **wykonawcy Balcke-Dürr** z **30.12.2015 r.** oraz **odwołania nr 2 wykonawcy Balcke-Dürr** z **08.01.2016 r.** wniesionych do **Prezesa KIO** wobec czynności **zamawiającego**, w których **wykonawca Balcke-Dürr** podał wyliczenia ilości pyłu do transportu dla węgla gwarancyjnego, jaka została przyjęta przez **wykonawcę Balcke-Dürr** przy formułowaniu treści oferty, przez przyjęcie w ofercie innych niż wymagane przez **zamawiającego** parametrów założeniowych dotyczących stężenia zapylenia spalin na wlocie do elektrofiltru.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

- 1) zobowiązanie **zamawiającego** do unieważnienia czynności wyboru oferty **wykonawcy Balcke-Dürr**;

- 2) zobowiązanie **zamawiającego** do powtórzenia czynności badania i oceny ofert w celu sprawdzenia zgodności oferty **wykonawcy Balcke-Dürr** z wymogami opisanymi przez **zamawiającego** w treści **SIWZ** (z uwzględnieniem oświadczeń **wykonawcy Balcke-Dürr** wynikających z treści odwołania **wykonawcy Balcke-Dürr z 30.12.2015 r.** oraz **odwołania nr 2 wykonawcy Balcke-Dürr z 08.01.2016 r.** wniesionych do **Prezesa KIO**) wraz z ewentualnym zobowiązaniem **zamawiającego** do wezwania **wykonawcy Balcke-Dürr** do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty na podstawie **art. 87 ust. 1 Pzp**, a w konsekwencji do:
- a) odrzucenia oferty **wykonawcy Balcke-Dürr** jako niespełniającej wymogów **SIWZ** względnie
 - b) wykluczenia **wykonawcy Balcke-Dürr** z postępowania z uwagi na podanie przez **wykonawcę Balcke-Dürr** nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a co za tym idzie odrzucenia oferty **wykonawcy Balcke-Dürr**, względnie
 - c) odrzucenia oferty **wykonawcy Balcke-Dürr** z uwagi na to, że złożenie oferty przez **wykonawcę Balcke-Dürr** stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, względnie
 - d) zobowiązania **zamawiającego** do unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 3) obciążenie **zamawiającego** kosztami postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Odwołujący wnosi o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy w świetle treści oferty **wykonawcy Balcke-Dürr** (z uwzględnieniem oświadczeń **wykonawcy Balcke-Dürr** wynikających z treści odwołania **wykonawcy Balcke-Dürr z 30.12.2015 r.** oraz **odwołania nr 2 wykonawcy Balcke-Dürr z 08.01.2016 r.** wniesionych do **Prezesa KIO**), dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, zebranych dowodów i treści **SIWZ** możliwe jest, aby ilością gwarantowanego powietrza transportowego podaną przez **wykonawcę Balcke-Dürr** wytransportować ilość pyłu wynikającą z parametrów i warunków określonych w **SIWZ**.

Ponadto z ostrożności procesowej **odwołujący** wnosi o przeprowadzenie dowodu z akt postępowania odwoławczego prowadzonego przed **Krajową Izbą Odwoławczą** w sprawie z odwołania **wykonawcy Balcke-Dürr z 30.12.2015 r.** (sygn. **KIO 2861/15**) oraz **odwołania nr 2 wykonawcy Balcke-Dürr z 08.01.2016 r.** (sygn. **KIO 31/16**), w tym w szczególności w zakresie ustaleń poczynionych w trakcie rozprawy przeprowadzonej przed **Krajową Izbą**

Odwoławczą, a znajdujących odzwierciedlenie treści **protokołu** z tej rozprawy oraz zebranych dowodów, a także w postaci uzasadnienia wyroku **KIO z 25 stycznia 2016 r.** w zakresie ustalenia wyliczenia ilości pyłu do transportu dla węgla gwarancyjnego dokonanego przez **wykonawcę Balcke-Dürr** przy formułowaniu treści oferty oraz ustalenia, że **wykonawca Balcke-Dürr** przyjął w ofercie inne niż wymagane przez **zamawiającego** parametry założeniowe dotyczące stężenia zapylenia spalin na wlocie do elektrofiltru.

Argumentacja **odwołującego**

W przedmiotowym postępowaniu przetargowym **wykonawca Balcke-Dürr** złożył wraz z innymi oferentami **07.10.2015 r.** ostateczną ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 6 – Formularz oferty **wykonawcy Balcke-Dürr**).

Po złożeniu ofert **zamawiający** sporządził i udostępnił wykonawcom protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (**druk ZP-PN**) (Załącznik nr 7 – Protokół), w którym przedstawił zaoferowane przez **wykonawców** ceny i gwarantowane parametry techniczne (w tym zaoferowany przez **wykonawcę Balcke-Dürr** poziom zużycia sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania tj. **1720 m³_{ust}/h**).

29.12.2015 r. w piśmie PMR-ELT/8406/4139/2015 **zamawiający** zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty **wykonawcy ALSTOM Power Sp. z o.o.** (Załącznik nr 8 – ZAWIADOMIENIE O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY).

30.12.2015 r. **wykonawca Balcke-Dürr** złożył odwołanie wobec czynności **zamawiającego** dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Załącznik nr 9 – Odwołanie).

08.01.2016 r. **wykonawca Balcke-Dürr** złożył **odwołanie nr 2** wobec czynności **zamawiającego** dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Załącznik nr 10 – Odwołanie nr 2), w którym, w uzasadnieniu opisuje, jakie parametry winien uwzględnić **wykonawca** składający ofertę. Postępowania, które toczyły się przed **Krajową Izbą Odwoławczą (KIO/2861/15 i KIO/31/16)** zostały zakończone wydaniem wyroku z 25 stycznia 2016 r., w którym **Krajowa Izba Odwoławcza** uwzględniła oba odwołania **wykonawcy Balcke-Dürr**.

W konsekwencji **zamawiający** dokonał ponownego badania i oceny ofert, w wyniku czego odrzucił ofertę poprzednio uznanej za najkorzystniejszą uznając tę ofertę, zgodnie z **wyrokiem KIO**, za nieodpowiadającą treści **SIWZ**.

17.02.2016 r. **odwołujący** otrzymał pocztą elektroniczną pismo od **zamawiającego** (Załącznik nr 11 – ZAWIADOMIENIE O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY), w którym **zamawiający** zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty **wykonawcy Balcke-Dürr**. W piśmie tym **zamawiający** poinformował, że na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** odrzucił ofertę **wykonawcy ALSTOM**, ponieważ jej treść nie odpowiada treści

SIWZ, a mianowicie: „... *wobec przyjęcia w ofercie wykonawcy Alstom innych, niż wymagane przez zamawiającego, parametrów dotyczących stężenia zapylenia spalin na wlocie do elektrofiltru, co skutkuje, że rozwiązanie oferowane przez wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ, oferta ta podlega odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy*”.

1. W toku postępowania o udzielenie zamówienia **wykonawcy** przed złożeniem ofert kierowali do **zamawiającego** wnioski o wyjaśnienie treści **SIWZ**. W odpowiedziach **zamawiający** skonkretyzował informacje dotyczące parametrów, które powinien uwzględnić wykonawca składający ofertę. W szczególności:
 - a. W odpowiedzi na **pytanie nr 17 z 08.04.2015 r.** dotyczące parametrów technologicznych spalin dla poszczególnych węgli wyspecyfikowanych w **pkt 1.5.2.3 SIWZ**, **zamawiający** wyjaśnia, że **pkt 1.5.2.6 SIWZ** podaje parametry nominalne spalin, a więc stężenie zapylenia spalin wynoszące **80 g/Nm³** należy traktować jako wartość nominalną.
 - b. W odpowiedzi na **pytanie nr 23 z 25.05.2015 r.** **zamawiający** wskazał, że „wartość stężenia zapylenia spalin na wlocie do elektrofiltru” wynosi **80 mg/Nm³** i „wartość ta dotyczy już przypadku zwiększonego strumienia pyłu lotnego wywołanego zwiększeniem ilości sorbentu dodawanego do kotła” oraz „wartość ta dotyczy już spalin wilgotnych przy aktualnym poziomie tlenu”.
2. W odpowiedziach na pytania **wykonawców nr 17 i 23 zamawiający** potwierdził, że miarodajnymi parametrami do doboru instalacji są wartości określone w **pkt 1.5.2.6 SIWZ**. Takie stanowisko zawarł również **zamawiający** w piśmie ZAWIADOMIENIE O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY z **17.02.2016 r.**
3. **Zamawiający** w sposób jednoznaczny podał w **pkt 1.5.2.6 SIWZ** i w odpowiedziach na pytania parametry spalin (tj. stężenie zapylenia spalin na wlocie do elektrofiltru **80 g/Nm³** natężenie przepływu spalin **980 000 Nm³/h przy 100% WMT**) pozwalające w sposób jednoznaczny wyliczyć ilość wypadu pyłu w elektrofiltrze w warunkach objętych przedmiotowym **SIWZ**.
4. **Zamawiający** w **pkt 2.2.3 SIWZ** określił, że:

„System odbioru i transportu popiołu musi obejmować:

 - Istniejące leje Podgrzewaczy Powietrza,
 - Wszystkie leje elektrofiltru”.

5. **Zamawiający w pkt 3.1.2 SIWZ** określił, że zakres realizacji zadania dla instalacji odpopielania obejmuje „Wymianę przesyłaczy popiołu wraz z armaturą i osprzętem pod lejami elektrofiltrów i lejami II ciągu kotła”.
6. Dla podanego w treści **SIWZ** zapylenia spalin **80 g/Nm³** (spaliny wilgotne, aktualny tlen) ilość pyłu, którą należy wytransportować z elektrofiltru będzie wynosić ok. **78,0 t/h**. (potwierdza to swoimi wyliczeniami w swoich odwołaniach także **wykonawca Balcke-Dürr**) i tę wartość powiększoną o wypad pyłu z leków podgrzewaczy powietrza II ciągu kotła oferenci powinni przyjąć do określenia zużycia powietrza transportowego przez układ odpopielania, także w warunkach gwarancyjnych.
7. **SIWZ** nie daje podstaw do założenia przez **wykonawcę Balcke-Dürr** zawartego w jego odwołaniu z **30.12.2015 r.**, że dla węgla gwarancyjnych *„stężenie zapylenia na dolocie do elektrofiltru jest proporcjonalnie mniejsze, a ilość pyłu lotnego koniecznego do odprowadzenia wynosi ok. 51 t/h”*. Również pozostali wykonawcy oferty nie zadali pytań o podanie tych parametrów (natężenie przepływu oraz stężenie zapylenia spalin), co potwierdza, że parametry podane w **pkt 1.5.2.6 SIWZ** były i są wystarczająco jasno i precyzyjnie określone.
8. Zatem w **SIWZ** nigdzie nie ma formalnych i technicznych podstaw, by do obliczenia ilości pyłu koniecznego do wytransportowania z elektrofiltru, a tym samym potrzebnej ilości powietrza transportowego przez układ odpopielania na węglu gwarancyjnym należało przyjąć inne niż w **pkt 1.5.2.6 SIWZ** parametry spalin dające mniejsze wartości stężenia zapylenia spalin na wlocie do elektrofiltru, a tym samym mniejszy **wypad** pyłu z elektrofiltru i w konsekwencji mniejszą ilość powietrza transportowego.
9. Opierając się na podanych w **pkt 1.5.2.6 SIWZ** i w odpowiedziach na pytania parametrach spalin, dla określenia ilości powietrza transportowego na węglu gwarancyjnym i przyjmując wg **zamawiającego** stężenie pyłu w spalinach na wlocie do elektrofiltru **80 g/Nm³**, proste obliczenia wykazują, że ilość pyłu wprowadzanego do elektrofiltru i przewidzianego do transportu wynosi **78,4 t/h**. Taką wielkość potwierdził również **wykonawca Balcke-Dürr** w swoim **odwołaniu nr 2 z 08.01.2016 r.**, przy czym odniósł tę wartość tylko do wypadu pyłu z elektrofiltru.
10. W załącznikach do odwołania z **30.12.2015 r.** **wykonawca Balcke-Dürr** przedstawił opinie i wyliczenia firm specjalistycznych dotyczące prawidłowego zużycia ilości powietrza transportowego w zależności od ilości pyłu wprowadzanego do elektrofiltru i

przewidzianego do transportu. Z wyliczeń tych wynika, że do przetransportowania jednej tony pyłu potrzebne jest nie mniej niż **27,27 + 32,28 m³ powietrza**. Oznacza to, że przy podanym w ofercie przez **wykonawcę Balcke-Dürr** zużyciu sprężonego powietrza transportowego **1720 m³_{usr}/h** całkowita maksymalna ilość pyłu (tj. razem dla pyłu z elektrofiltru oraz pyłu z lejów podgrzewaczy powietrza), która może być przetransportowana przez zaoferowaną przez niego instalację odpopielania dla warunków gwarancyjnych (wg pkt **1.5.2.6 SIWZ**) wynosi maksymalnie:

$$Q = 1720 [m^3_{usr}/h] / 27,27 [m^3_{usr}/t] = 63,07 [t/h] \text{ pyłu.}$$

Tymczasem do oferty należało podać zużycie sprężonego powietrza transportowego przez układ odpopielania w warunkach gwarancyjnych dla ilości pyłu wprowadzanej do elektrofiltru i przewidzianej do transportu, obliczonej biorąc pod uwagę stężenia pyłu w spalinach na wlocie do elektrofiltru **80 g/Nm³**. Dla takiej wartości ilość pyłu wprowadzanego do elektrofiltru i przewidzianego do transportu wynosi **78,4 t/h**. Tę ilość pyłu należy powiększyć o dodatkową ilość pyłu pochodzącą z instalacji odpopielania z lejów podgrzewaczy powietrza.

Nie ulega wątpliwości, że przyjęta przez **wykonawcę Balcke-Dürr** wartość zużycia sprężonego powietrza transportowego jest znacząco zaniżona, ponieważ nie uwzględnia wartości zapylenia spalin przed elektrofiltrem wskazanej przez **zamawiającego**.

Parametr ilości sprężonego powietrza do przetransportowania popiołu stanowi jeden z podstawowych kryteriów doboru systemu transportu i odbioru popiołu. Jeżeli **wykonawca** przyjął go na poziomie niższym niż to podaje **SIWZ**, to jego oferta w zakresie oferowanego systemu transportu popiołu jest:

- niezgodna z **SIWZ**,
- nieporównywalna z innymi ofertami.

W związku z tym, wobec przyjęcia w ofercie **wykonawcy Balcke-Dürr** innych, niż wymagane przez **zamawiającego** parametrów dotyczących stężenia zapylenia spalin na wlocie do elektrofiltru skutkuje, że rozwiązanie oferowane przez **wykonawcę Balcke-Dürr** nie odpowiada treści **SIWZ** i oferta ta podlega odrzuceniu, na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Niezależnie od tego w ocenie **odwołującego wykonawca Balcke-Dürr** świadomie i celowo zaniżył wartość stężenia zapylenia spalin na wlocie do elektrofiltru w stosunku do wartości podanej przez **zamawiającego**, a w konsekwencji zaniżył ilość pyłu wprowadzanego do elektrofiltru i przewidzianego do transportu i co za tym idzie zużycie powietrza transportowego przez układ odpopielania. Dlatego też w ocenie **odwołującego** tak przyjęte przez **wykonawcę Balcke-Dürr** założenia, które legły u podstaw sformułowania treści oferty, w istocie dotyczą rozwiązania (instalacji) wprost (bezpośrednio) niezgodnej z

wymaganiami **SIWZ**, a także niezgodnej z wiedzą branżową i doświadczeniem zawodowym. Takie zachowanie **wykonawcy Balcke-Dürr** wskazuje na podanie przez **wykonawcę Balcke-Dürr** w trakcie postępowania nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania.

Ponadto, opisane zachowanie **wykonawcy Balcke-Dürr** świadczy o tym, że oferta **wykonawcy Balcke-Dürr** została złożona w celu uzyskania zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji (przez podanie nieprawdziwych informacji nieuzasadnione uzyskanie w ten sposób wyższej punktacji w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert). Zatem wybór przez **zamawiającego** oferty **wykonawcy Balcke-Dürr** jako najkorzystniejszej, w świetle powyższego zachowania **wykonawcy Balcke-Dürr**, stanowi jednocześnie naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** oraz **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp**, a także **art. 24 ust. 2 pkt 3** w zw. z **art. 24 ust. 4 Pzp**.

Dotychczasowe zachowanie **zamawiającego** polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty **wykonawcy Balcke-Dürr** jako niezgodnej z treścią **SIWZ**, jak również dotychczasowe zachowanie **zamawiającego** polegające na zaniechaniu wezwania **wykonawcy Balcke-Dürr** do złożenia wyjaśnień w trybie **art. 87 ust. 1 Pzp** może świadczyć o tym, że w istocie interpretacja postanowień **SIWZ** stosowana przez **zamawiającego** (a w istocie braki treściowe **SIWZ**) nie pozwala ustalić w jaki sposób **zamawiający** dokonywał oceny zgodności treści ofert z treścią **SIWZ**. Przemawia to za zasadnością zarzutu naruszenia przez **zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp** oraz **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** w zw. z **art. 29 ust. 1 i 2 Pzp** w zw. z **art. 91 ust. 1 Pzp**.

Odwołujący uzasadnia podniesienie zarzutu naruszenia przez **zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** w zw. z **art. 29 ust. 1 i 2 Pzp** z zw. z **art. 91 ust. 1 Pzp** na tym etapie postępowania albowiem dopiero zaniechanie odrzucenia przez **zamawiającego** oferty **wykonawcy Balcke-Dürr** jako niezgodnej z treścią **SIWZ**, wobec jednoznacznego stanowiska **wykonawcy Balcke-Dürr** wynikającego z treści odwołania **wykonawcy Balcke-Dürr z 30.12.2015 r.** oraz **odwołania nr 2 wykonawcy Balcke-Dürr z 08.01.2016 r.**, dało podstawę do sformułowania takich zarzutów.

Warto też zwrócić uwagę na fakt, że **zamawiający** zwracał się do wszystkich **wykonawców**, którzy złożyli oferty o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści ofert czy też o wyjaśnienie treści dokumentów składanych wraz z ofertą. Takiego wezwania jednak **zamawiający** nie skierował do **odwołującego**, co jest kolejną okolicznością przemawiającą za tym, że wyłącznie oferta **odwołującego** jest w pełni zgodna z treścią **SIWZ** i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający swoim zachowaniem dopuścił się naruszenia przepisów ustawy oraz mając na uwadze całokształt argumentacji natury prawnej i faktycznej wniesienie odwołania stało się konieczne i uzasadnione.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 26.02.2016 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **26.02.2016 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

29.02.2016 r. wykonawca Balcke-Dürr z siedzibą w Warszawie, ul. Augustówka 24, 02-981 Warszawa złożył (1) **Prezesowi KIO**, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

29.02.2016 r. wykonawca Hamon Reserch-Cottrell Gesellschaft mit beschränkter Haftung z siedzibą w Kolonii RFN złożył (1) **Prezesowi KIO**, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **odwołującego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **04.03.2016 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp). **Zamawiający** wniósł o odrzucenie odwołania, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 Pzp.

Argumentacja **zamawiającego**:

Zamawiający uznał ofertę **wykonawcy Balcke-Dürr** za niepodlegającą odrzuceniu i poinformował o tym emailem z **29.12.2015 r.** Tym samym, termin na wniesienie od tej czynności odwołania upłynął **8.01.2016 r.** Następne czynności wynikające z wyroku **KIO z 25 stycznia 2016 r.** (sygn. akt **KIO 2861/15** i **KIO 31/16**) nie odnosiły się do czynności wykluczenia **wykonawcy Balcke-Dürr** (zarzut 4) lub odrzucenia oferty **wykonawcy Balcke-Dürr** (zarzuty 1, 2 i 5), bądź wezwania **wykonawcy Balcke-Dürr** do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty (zarzut 3). Również termin na wniesienie odwołania w stosunku do treści specyfikacji upłynął znacznie wcześniej (zarzut 6).

Zamawiający powołał się na podobne postanowienia KIO o sygn. KIO 792/11, 1251/11, 191/10.

Po przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, pism oraz wyjaśnień i stanowisk stron zaprezentowanych podczas posiedzenia – Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi »Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że [...] odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie«, a przepis art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp brzmi »Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się [...] w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia«.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacje stanowiące podstawę do wniesienia odwołania znane były **odwołującemu** od **29.12.2015 r.** tj. od dnia zawiadomienia przez **zamawiającego wykonawców** o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz nie podjęciu czynności o wykluczeniu wykonawcy **Balcke-Dürr** bądź odrzuceniu oferty wykonawcy **Balcke-Dürr**. Jednak odwołujący stwierdza, że dowiedzieć się mógł o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania dopiero z odwołania wniesionego przez wykonawcy **Balcke-Dürr w postępowaniu o sygn. akt 2861/15**, które zostało wniesione **31.12.2015 r.** i w tym samym dniu zamawiający przesłał kopię odwołania innym **wykonawcom** uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym i obecnemu **odwołującemu**, zgodnie z art. 185 ust. 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego«.

Z tego powodu bieg terminu na wniesienie odwołania przez obecnego odwołującego zaczął biec od **29.12.2015 r.**, a nawet jeżeliby przyjąć argumentację odwołującego, że o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania obecny **odwołujący** dowiedział się dopiero z treści ówczesnego odwołania, to i tak termin ten zaczynał swój bieg od **31.12.2015 r.**, a więc kończył się **8.01.2016 r.**, a zgodnie z wyliczeniami obecnego odwołującego **10.01.2016 r.** Dlatego wniesienie odwołania **26.02.2016 r.** nie może być poczytane z wniesienie odwołania w ustawowym terminie.

Zasada koncentracji środków ochrony prawnej nakłada na każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek aktywnego uczestnictwa w procedurach zgłaszania środków ochrony prawnej – stawiania zarzutów **zamawiającemu** w odpowiednim terminie, aby te zarzuty mogły być również bardzo krótkich terminach rozpoznane. Koncentracja ma ułatwić i przyspieszyć racjonalne wydawanie środków publicznych, w oparciu o umowy zawarte z **wykonawcami**, których oferty uznane zostały za najkorzystniejsze, tym samym odpowiada podstawowemu postulatowi szybkiego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Realizując postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, ustawodawca nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie, dotyczy to zwłaszcza zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań **zamawiającego**. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której **wykonawca** w kolejnym odwołaniu przywołuje okoliczności, które mógł ujawnić po pierwszym badaniu i ocenie ofert. Nie do pogodzenia z zasadą koncentracji i szybkości rozpatrywania środków ochrony prawnej jest, aby **wykonawca** niezadowolony z wyniku postępowania – po nakazanej z całkiem innych względów ponownej ocenie ofert – wynajdował coraz to nowe przyczyny służące jako podstawa do wnoszenia kolejnych odwołań (tak również postanowienie z **18 lutego 2013 r.** sygn. akt **246/13**).

W rozpoznawanym postępowaniu odwołujący wniósł odwołanie dopiero po wydaniu przez **KIO** wyroku **25 stycznia 2016 r.** w sprawach o sygn. akt **KIO 2861/15 i 31/16**. W sentencji wyroku **KIO** nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert, ale zgodnie z uzasadnieniem wyroku ta nowa czynność **zamawiającego** miała się ograniczyć tylko do oferty jednego **wykonawcy** i nie obejmowała swoim zakresem oferty **wykonawcy Balcke-Dürr**. Tak też postąpił **zamawiający** i odrzucił ofertę tamtego **wykonawcy** i zmienił ranking ofert powiadamiając **17.02.2016 r.** o nowym wyborze najkorzystniejszej oferty, a więc **Izba** stwierdza, że nie zaszły żadne nowe okoliczności, które umożliwiałyby obecnemu **odwołującemu** na skorzystanie ze środków ochrony prawnej w stosunku do uchybień mających znaleźć się w ofercie **wykonawcy Balcke-Dürr**, czyli **wykonawcy**, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z **2 marca 2011 r.**, sygn. akt **KIO 336/11**. **Izba** stwierdziła tam, że ponowne dokonanie przez **zamawiającego** określonych czynności w postępowaniu nie otwiera automatycznie możliwości wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej podlegających rozpoznaniu, co do istoty.

Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone po ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym

jednoczesne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą środkami ochrony prawnej.

Reguła ta znajduje odzwierciedlenie między innymi w przepisach **art. 92, art.182, art. 185, art. 186 ust. 4, art.189 ust. 1 i 2 Pzp**. Reguła koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie do pogodzenia z tymi celami jest, aby wykonawca kwestionował każdy kolejny wybór oferty, wynajdując po każdym etapie oceny, co raz to nowe powody i wady oferty, stwarzające preteksty do wnoszenia kolejnych odwołań. Dla wykonawcy jest dostępny termin na odwołanie od czynności czy zaniechań zamawiającego wobec konkurencyjnej oferty, liczony od przesłania powiadomienia w zasadzie o pierwszej ocenie ofert.

Izba wskazuje, że poglądy będące podstawą niniejszego postanowienia znajdują odzwierciedlenie zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak również w orzeczeniach sądów powszechnych (m.in.: KIO z 22 maja 2012 roku sygn. akt KIO 970/12; KIO z 9 lutego 2011 roku sygn. akt KIO 157/11; KIO z 27 kwietnia 2011 roku sygn. akt KIO 792/11; KIO z 20 czerwca 2011 roku sygn. akt KIO 1237/11; KIO z 11 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1114/12; KIO z 2 sierpień 2013 roku sygn. akt KIO 1796/13; KIO z 9 stycznia 2014 roku sygn. akt KIO 2991/13; KIO z 23 lipca 2012 roku sygn. akt KIO 1453/12; KIO z 14 listopada 2011 roku sygn. akt 2391/11; KIO z 11 marca 2011 roku sygn. akt 336/11; KIO z 2 września 2013 roku sygn. akt 2034/13; KIO z 18 lutego 2013 roku sygn. akt 246/13; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 roku sygn. akt V Ca 2056/07; wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 27 kwietnia 2010 roku sygn. akt I Ca 230/10; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2014 roku sygn. akt V Ca 2142/12;).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**.

Wobec powyższego **Izba** orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: