

**Wyrok**

**z dnia 6 listopada 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Beata Pakulska-Banach**

**Członkowie:** **Aleksandra Patyk**

**Irmina Pawlik**

**Protokolant:** **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2018 roku przez wykonawcę **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o. o. z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowe Centrum Badań i Rozwoju w Warszawie**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

**1) Przedsiębiorstwa Badań i Analiz Energetycznych „ENERGOTHERM” Sp. z o.o. z siedzibą w Przeźmierowie (Lider Konsorcjum) i 2) Zakładu Badawczo–Projektowego „INWAT” Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (Partner Konsorcjum)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o. o. z siedzibą w Gliwicach** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o. o. z siedzibą w Gliwicach**, tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Zakładów Pomiarowo-Badawczych Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o. o. z siedzibą w Gliwicach** na rzecz zamawiającego **Narodowego Centrum Badań i Rozwoju w Warszawie** kwotę **85 zł 00 gr** (słownie: osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Narodowe Centrum Badań i Rozwoju w Warszawie (zwane dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: *Świadczenie usług specjalistycznych – pomiarów parametrów bloków klasy 200 MW w ramach postępowania konkursowego „Program Bloki 200+ Innowacyjna technologia zmiany reżimu pracy bloków energetycznych. Numer referencyjny 32/18/PN* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) - zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 sierpnia 2018 roku pod numerem 2018/S 150-344678. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 10 października 2018 roku zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę – Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Badań i Analiz Energetycznych Energotherm Sp. z o.o. oraz Zakład Badawczo-Projektowy „INWAT” Sp. z o.o.

W dniu 22 października 2018 roku wykonawca Zakłady Pomiarowo - Badawcze Energetyki "ENERGOPOMIAR" Sp. z o. o. z siedzibą w Gliwicach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy - konsorcjum firm: Przedsiębiorstwa Badań i Analiz Energetycznych ENERGO THERM Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz Zakładu Badawczo-Projektowego „INWAT” Sp. z o.o. (zwanego dalej: wykonawcą) mimo, iż treść oferty wykonawcy nie odpowiada SIWZ, tj. wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie niezgodnym z postanowieniami SIWZ oraz w terminie, który miał na celu jedynie uzyskanie najwyższej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego. Tym samym, wykonawca uniemożliwił dostęp do zamówienia pozostałym wykonawcom, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający naruszył w/w przepisy Pzp oraz prowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy będąc do tego zobligowany przepisami Pzp;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy mimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ze względu na zaoferowanie przez wykonawcę wykonania przedmiotu zamówienia w sposób i w terminie nie uwzględniającym wymagań zamawiającego oraz wymagań przepisów, norm oraz instrukcji, które muszą być stosowane przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o:

1. Rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:
  - a) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej;
  - b) odrzucenie oferty wykonawcy, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
  - c) powtórne dokonanie czynności oceny i wyboru ofert, spośród wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.
2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu lub na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym lub ustnym.
3. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący wyjaśnił, iż zgodnie z pkt 16 SIWZ zamawiający określił dwa kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty: 1. Cena – waga 60%, maksymalna liczba punktów 60; 2. Kryterium merytoryczne (czas realizacji) – waga 40%, maksymalna liczba punktów 40. Punkty za kryterium cena (Kc) miały być przyznane każdej z ofert według wzoru:

$$Kc \text{ (liczba przyznanych punktów)} = \frac{\text{cena brutto oferty najtańszej}}{\text{cena brutto oferty badanej}} \times 60.$$

Natomiast punkty za kryterium merytoryczne (Km): Czas realizacji = AA + BB [dni kalendarzowe] miały być obliczone w następujący sposób:

$$Km \text{ (liczba przyznanych punktów)} = \frac{\text{Najkrótszy Zaoferowany Czas realizacji}}{\text{Czas realizacji oferty badanej}} \times 40.$$

Wykonawca – Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Badań i Analiz Energetycznych

Energotherm Sp. z o.o. oraz Zakład Badawczo-Projektowy „INWAT” Sp. z o.o. – złożył ofertę wskazując następujący czas realizacji:

- wykonanie Pomiarów I – 9 dni;
- wykonanie Pomiarów II – 10 dni.

Oferta w/w wykonawcy otrzymała 96,06 punktów, w tym maksymalną ilość 40 punktów w ramach kryterium „merytorycznego”, tj. czasu wykonania Pomiarów I i II. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu i otrzymała 72,67 punktów, w tym maksymalną ilość 60 punktów w ramach kryterium „cena oferty brutto”. Odwołujący wskazał w ofercie, że na wykonanie Pomiarów I oraz Pomiarów II potrzebuje 60 dni.

W ocenie odwołującego, wykonawca – Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwa Badań i Analiz Energetycznych Energotherm Sp. z o.o. oraz Zakładu Badawczo-Projektowego „INWAT” Sp. z o.o. wskazał nierealny czas wykonania Pomiarów I i II, nie uwzględniając w ofercie wykonania Pomiarów zgodnie z wymaganiami SIWZ, w tym w szczególności zgodnie z Instrukcją Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej PSE SA (dalej zwanej: IRiESP), Decyzją wykonawczą Komisji (UE) 2017/1442 z dnia 31 lipca 2017 r. ustanawiającą konkluzje dotyczące najlepszych dostępnych technik (BAT) w odniesieniu do dużych obiektów energetycznego spalania zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE (notyfikowana, jako dokument nr C(2017) 5225) (Tekst mający znaczenie dla EOG), dotyczące wymaganych norm emisji (dalej zwana Wymagania BAT); normą PN-EN 12952-15 „Kotły wodnorurowe i urządzenia pomocnicze - Część 15: Badania odbiorcze”, normą PN-EN 60953-2 „Wymagania dotyczące cieplnych badań odbiorczych turbin parowych - Metoda B — Szeroki zakres dokładności dla różnych typów i wielkości turbin parowych. Zdaniem odwołującego, w/w wykonawca wskazując w ofercie 19 dniowy termin łączny na wykonanie Pomiarów miał na celu jedynie uzyskanie najwyższej liczby punktów w ramach kryterium pozacenowego oraz uniemożliwienie dostępu o zamówienia innym wykonawcom. Termin ten uniemożliwia wykonanie Pomiarów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ.

Odnosząc się do czasu wykonania Pomiarów I odwołujący wskazywał, że zgodnie z wymaganiami SIWZ (SOPZ część III pkt 3.3) rozpoczęcie pomiarów jest możliwe po zatwierdzeniu przez strony protokołu przedpomiarowego oraz złożeniu oświadczenia wykonawcy o gotowości do przeprowadzenia pomiarów. Podkreślił, że przed sporządzeniem protokołu pomiarowego wykonawca musi wykonać określone czynności związane z montażem aparatury pomiarowej. Odwołujący zauważył, że ze względów technicznych sprawdzenie działania aparatury pomiarowej możliwe jest tylko i wyłącznie w trakcie pracy bloku energetycznego. Nie jest możliwe prawidłowe sprawdzenie aparatury pomiarowej w trakcie postoju ani w trakcie rozruchu bloku energetycznego. Dopiero po zamontowaniu i sprawdzeniu

pracy aparatury pomiarowej wykonawca jest uprawniony do podpisania protokołu pomiarowego. Wcześniej podpisane protokołu, bez dokonania czynności sprawdzających na pracującym stabilnie bloku energetycznym stanowiłoby poświadczenie nieprawdy. Dopiero wraz z podpisaniem protokołu pomiarowego wykonawca może rozpocząć Pomiar I zgodnie z tabelą 12.1.

W dalszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z wymaganiami BAT, dla źródeł o całkowitej nominalnej mocy cieplnej powyżej 300 MWt, należy monitorować emisje do powietrza z następującą częstotliwością: SO<sub>2</sub>, NO<sub>x</sub>, pył, Hg - pomiar ciągły; HCl, HF - przynajmniej raz na kwartał. Poziomy emisji powiązane z BAT (BAT AELs) do powietrza ze spalania węgla kamiennego lub brunatnego, określone zostały dla następujących czasookresów: NO<sub>x</sub>, SO<sub>2</sub>, pył - średnia roczna oraz średnia dobowa lub średnia z okresu pobierania próbek; HCl, HF, Hg - średnia roczna lub średnia z próbek uzyskanych w ciągu jednego roku. Odwołujący podniósł, iż tabela 12.1. SIWZ wprost wskazuje, że w ramach Pomiarów I i II zweryfikowane ma zostać spełnienie wymogów BAT dla poszczególnych emisji, a pomiary i ocena ma odbywać się wg obowiązujących aktów prawnych i norm PN.

Odwołujący wskazał, iż skoro dla NO<sub>x</sub> i SO<sub>2</sub> konkluzje BAT określają konieczność pomiaru ciągłego, tym samym zarówno poziom średnioroczny oraz średniodobowy emisji musi być bezwzględnie dotrzymany. W ramach pomiarów nie ma możliwości sprawdzenia wartości średniorocznych, dlatego dla tych zanieczyszczeń, w celu sprawdzenia spełnienia wymagań konkluzji BAT konieczne jest przeprowadzenie ciągłych pomiarów dobowych. Przy czym średnia dobowa to średnia z okresu 24 godzin obliczona dla ważonych średnich wartości godzinnych uzyskanych w wyniku ciągłych pomiarów. Dla emisji pyłu również istnieje konieczność pomiaru ciągłego, przy czym pomiar ten dokonuje się metodą grawimetryczną, tym samym sprawdzenie dotrzymania wartości średniodobowej określane jest za pomocą średniej z okresu pobierania próbek. Z kolei określenie dotrzymania poziomów HCl, HF i Hg weryfikowane powinno być na podstawie pomiarów manualnych, tj. średniej z próbek uzyskanych w ciągu okresu pomiarowego.

Odwołujący podniósł ponadto, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (SOPZ część II), Pomiar I oznaczają czynności pomiarowe (...) zmierzające do ustalenia parametrów funkcjonowania bloku przed wprowadzeniem zmian, natomiast Pomiar II oznaczają czynności pomiarowe (...) zmierzające do ustalenia wpływu zastosowanej metody na parametry bloku ustalone w ramach Pomiarów I, tj. skuteczności metody w stosunku do założeń wskazanych w Koncepcji oraz weryfikacji parametrów funkcjonowania bloku po przeprowadzeniu prac, tj. weryfikacji w środowisku rzeczywistym wyników pracy. W związku z powyższym, zdaniem odwołującego, wykonanie Pomiarów I w zakresie

spełnienia wymogów BAT dla emisji NO<sub>x</sub>, SO<sub>2</sub>, pyłu, HCl, HF i Hg należy przeprowadzić co najmniej dla obciążenia minimalnego, średniego oraz obciążenia maksymalnego. Dla obciążenia maksymalnego (100%) czas badania spełniania wymogów BAT wskazanych w tabeli 12.1 grupa II pkt 2-4 oraz grupa III pkt 1-3 wynosi minimum 24 godziny. Po wykonaniu pomiarów spełniania wymogów BAT dla emisji NO<sub>x</sub>, SO<sub>2</sub>, pyłu, HCl, HF i Hg dla obciążenia maksymalnego należy wykonać analogiczne pomiary dla obciążenia minimalnego (40%) oraz średniego. Minimalny czas konieczny do zmiany obciążenia i stabilizacji pracy bloku to 2 godziny. Zatem, czas wykonania wszystkich pomiarów dotyczących spełniania wymogów BAT dla emisji NO<sub>x</sub>, SO<sub>2</sub>, pyłu, HCl, HF i Hg przy obciążeniu minimalnym, średnim oraz maksymalnym to 76 godzin (24h pomiary przy maksymalnym obciążeniu +2h zmiana obciążenia i stabilizacja bloku +24h pomiary przy minimalnym obciążeniu +2h zmiana obciążenia i stabilizacja bloku +24h pomiary przy średnim obciążeniu bloku). Jednocześnie odwołujący podał, że po dokonaniu powyższych pomiarów wykonawca musi wykonać pomiary wskazane w tabeli 12.1. Grupa II pkt 1, tj. pomiary ciepłno-sprawnościowe. Czas realizacji takiego pomiaru dla obciążenia 60% mocy osiągalnej, zgodnie z normą PN-EN12952-15 punkt 6.6 podpunkt 6.6.1 (tablica 6.6.1) wynosi 4 godziny, przy czym konieczna jest zmiana obciążenia kotła oraz stabilizacja pracy kotła, która trwa 2 godziny. Po dokonaniu powyższych pomiarów wykonawca może wykonać pomiary wskazane w tabeli 9.1. w pkt 5, tj. pomiary dotyczące minimalnej mocy przy stabilnej/długotrwałej pracy na paliwie podstawowym (Minimum Techniczne Jednostki Wytwórczej) z dotrzymaniem aktualnych parametrów emisyjnych - 40% mocy osiągalnej. Zgodnie z pkt 4.3.14.11 IRiESP wymagane jest przeprowadzenie czterech (4) prób 8-godzinnej stabilnej pracy bloku na poziomie minimum technicznego, przy zachowaniu zdolności do pracy w regulacji pierwotnej i wtórnej, jeżeli dana jednostka ma obowiązek świadczenia regulacyjnych usług systemowych w zakresie udziału w regulacji pierwotnej lub wtórnej. Po zakończeniu ostatniej (czwartej) próby dla pomiarów gwarancyjnych (I) i (II) sprawdzana jest zdolność bloku do pracy w regulacji pierwotnej. Według odwołującego, na wykonanie pomiarów wskazanych w pkt 5 tabeli 12.1 konieczne jest co najmniej 36 godzin (4 serie pomiarowe po 8 godzin oraz 4-krotna stabilizacja pracy kotła po 1 godzinie). Ponadto, odwołujący stwierdził, że po wykonaniu opisanych powyżej pomiarów wykonawca, zgodnie z postanowieniami SIWZ, musi wykonać zadania wskazane w pkt 1-4 tabeli 9.1, tj. musi wykonać następujące po sobie czynności/pomiary:

- odstawienie bloku do postoju (czas trwania 0,5 godziny) - planowe (bez użycia przycisku awaryjnego wyłączenia), całkowite odciążenie bloku do momentu wygaszenia kotła;
- postój w stanie zimnym bloku - ze względu na konieczność uzyskania wymaganych warunków wstępnych (parametrów cieplnych kotła i turbiny) do próby, postój ten

stanowi integralną część próby rozruchu bloku ze stanu zimnego. Zgodnie SOPZ część II pkt. 2 (definicje użyte w tabeli 9.1.), najkrótszy możliwy czas postoju bloku w stanie zimnym wynosi 96 godzin;

- pomiary w czasie rozruchu ze stanu zimnego - zgodnie z SOPZ część II pkt. 2, (definicje użyte w tabeli 9.1.), czas rozruchu bloku liczony jest od momentu uruchomienia pierwszego wentylatora spalin do momentu osiągnięcia poziomu minimum technicznego bloku i trwa minimum 5 godzin (tabela 9.1 pkt 1);
- odstawienie bloku do postoju (czas trwania 0,5 godziny) - planowe (bez użycia przycisku awaryjnego wyłączenia), całkowite odciążenie bloku do momentu wygaszenia kotła;
- postój w stanie ciepłym trwający minimum 36 godzin. Zgodnie SOPZ część II pkt 2 (definicje użyte w tabeli 9.1.), najkrótszy możliwy czas postoju w stanie ciepłym wynosi 36 godzin. Ze względu na konieczność uzyskania wymaganych warunków wstępnych (parametrów cieplnych kotła i turbiny) do próby, postój ten stanowi integralną część próby rozruchu bloku ze stanu ciepłego;
- czas rozruchu ze stanu ciepłego trwający, zgodnie z SOPZ część II pkt 2 tabeli 9.1, minimum 2,5 godziny;
- odstawienie bloku do postoju (czas trwania 0,5 godziny) - planowe (bez użycia przycisku awaryjnego wyłączenia), całkowite odciążenie bloku do momentu wygaszenia kotła;
- postój w stanie gorącym - zgodnie z zapisami SOPZ część II pkt. 2 (definicje użyte w tabeli 9.1.), najkrótszy możliwy czas postoju w stanie gorącym wynosi 6,5 godziny. Ze względu na konieczność uzyskania wymaganych warunków wstępnych (parametrów cieplnych kotła i turbiny) do próby, postój ten stanowi integralną część próby rozruchu Bloku ze stanu gorącego;
- czas rozruchu ze stanu gorącego trwający, zgodnie z SOPZ część II pkt 3 tabeli 9.1, minimum 1,5 godziny;
- pomiary wskazane w SOPZ część II pkt 4 tj. gradient przyrostu mocy - 4 % mocy osiągalnej [MW/min.] "Dla pomiarów przyjęto interpretację gradientu przyrostu mocy jako szybkość zmiany obciążenia tylko w kierunku dociążania [+MW/min]. Dla Pomiarów próba polega na liniowej zmianie obciążenia w zakresie od poziomu aktualnego minimum technicznego (-60% mocy osiągalnej) do poziomu 100% mocy osiągalnej z gradientem 1% mocy osiągalnej na minutę z wymaganymi czasami stabilizacji przed i po próbie. Minimalny czas na wykonanie w/w pomiarów wynosi 1 godzinę;
- po wykonaniu w/w pomiarów wykonawca musi dokonać obróbki wszystkich danych



pomiarowych, przeanalizować dane, przeliczyć krzywe korekcyjne, opracować, zatwierdzić oraz przekazać zamawiającemu raport. Odwołujący wskazuje, że w związku ze skomplikowanym charakterem pomiarów czas konieczny na wykonanie takiego raportu wynosi co najmniej kilka dni roboczych. Odwołujący wskazuje, że brak jest możliwości wykonania skomplikowanych analiz i obliczeń oraz należytego sporządzenia takiego raportu w czasie krótszym niż 12 godzin.

Odwołujący wskazał, że sumaryczny czas konieczny na wykonanie Pomiarów I wynosi 274 godziny. Jednocześnie zauważył, że czas ten jest niemożliwy do osiągnięcia w trakcie rzeczywistych pomiarów. Odwołujący powyższe obliczenia wykonał przyjmując założenie, że wykonawca będzie pracował przez 24 godziny na dobę przez cały okres Pomiarów. Stwierdził, że w przedmiotowej analizie przyjął niemożliwe do spełnienia w rzeczywistych warunkach pracy bloku energetycznego pracującego w Krajowym Systemie Elektroenergetycznym założenie, że wszystkie czynności pomiarowe mogą zostać wykonane płynnie bez żadnych odstępstw wynikających z normalnego funkcjonowania bloku. Przy powyższych założeniach minimalny czas konieczny do realizacji Pomiarów I liczony w dniach kalendarzowych wynosi 11,42 dnia kalendarzowego - czyli w zaokrągleniu 12 dni kalendarzowych. Natomiast wykonawca wskazał w swojej ofercie, że wykona Pomiary I w 9 dni. W ocenie odwołującego wykonawca oszacował wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z postanowieniami SIWZ, przepisami prawa oraz obowiązującymi normami i wymogami technicznymi eksploatacji bloków oraz zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w związku z czym jego oferta powinna zostać odrzucona jako niespełniająca wymogów SIWZ.

Odnosząc się do czasu wykonania Pomiarów II odwołujący podnosił, że zgodnie z wymogami zamawiającego (SOPZ część IV pkt 2) w trakcie Pomiarów II zostaną wykonane prace pomiarowe wskazane w tabeli 9.1, 12.1. Stwierdził, iż zakres Pomiarów II jest analogiczny w stosunku do zakresu Pomiarów I, z tym zastrzeżeniem, że dodatkowo wykonawcy są zobligowani do wykonania pomiarów wskazanych w tabeli 9.1 pkt 6. Pomiary II będą wykonane po przeprowadzeniu prac badawczo rozwojowych, a ich celem będzie ustalenie wpływu zastosowanych metod na parametry badanego bloku ustalone w ramach Pomiarów I. W ramach wykonania pomiarów wskazanych w tabeli pkt 6 wykonawcy są zobowiązani do zweryfikowania rozwiązania informatycznego i kontrolno-pomiarowego umożliwiającego prognozowanie wpływu szybkich startów, odstawień i zmienności obciążenia (oraz związanych z tym czynności ruchowych) na wskaźniki awaryjności i dyspozycyjności bloku oraz optymalizację ekonomiczną eksploatacji bloku z uwzględnieniem jego bieżącego i prognozowanego stanu pracy oraz aspektów materiałowych, emisyjnych i sprawnościowych. W trakcie pomiarów dotyczących rozwiązania informatycznego, w ramach Programu Bloki

200+, ocenie podlegać będzie wskaźnik jednostkowego zużycia energii chemicznej paliwa brutto przy obciążeniu bloku 50% mocy osiągalnej. Zgodnie z wymogami SIWZ (pkt IV ppkt 2C(i) pomiar ma trwać 4 godziny. Dodatkowo do wykonania pomiarów konieczna jest zmiana obciążenia bloku oraz stabilizacja parametrów pracy bloku. Łącznie na wykonanie prac konieczne jest co najmniej 6 godzin. W ramach wykonania sprawdzenia rozwiązania informatycznego konieczne jest także wykonanie analiz chemicznych w laboratorium akredytowanym.

W ocenie odwołującego, na wykonanie całego zakresu Pomiarów II potrzebne jest 280 godziny, co łącznie daje 11,67 dnia kalendarzowego i oznacza, że minimalny czas możliwy do wskazania w formularzu ofertowym wynosi 12 dni kalendarzowych. Wykonawca - Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Badań i Analiz Energetycznych Energotherm Sp. z o.o. oraz Zakład Badawczo-Projektowy „INWAT” Sp. z o.o. wskazał w swojej ofercie, że wykona Pomiarów II w 10 dni. Zdaniem odwołującego, powyższe oznacza, że w/w wykonawca oszacował wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z postanowieniami SIWZ, przepisami prawa oraz obowiązującymi normami i wymogami technicznymi eksploatacji bloków. Wykonawca ten zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jego oferta powinna zostać odrzucona jako niespełniająca wymogów SIWZ.

Odwołujący reasumując stwierdził, że wykonawca - Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Badań i Analiz Energetycznych Energotherm Sp. z o.o. oraz Zakład Badawczo-Projektowy „INWAT” Sp. z o.o. oferując zbyt krótki czas na realizację przedmiotu zamówienia miał na celu jedynie uzyskanie zamówienia i uniemożliwienie pozostałym wykonawcom uczciwą konkurencję w trakcie postępowania. Takie zachowanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i oferta w/w wykonawcy powinna zostać odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że w swojej ofercie wskazał, iż czas konieczny na wykonanie Pomiarów I i II wyniesie łącznie 60 dni i jest to czas, który jest konieczny na wykonanie przedmiotu zamówienia w warunkach rzeczywistych. Natomiast, analiza oferty wykonawcy – Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Badań i Analiz Energetycznych Energotherm Sp. z o.o. oraz Zakład Badawczo-Projektowy „INWAT” Sp. z o.o. - w ocenie odwołującego - pozwala jednoznacznie stwierdzić, że treść tej oferty nie odpowiada SIWZ. Ponadto, wykonawca wskazując w ofercie termin wykonania Pomiarów I i II, który jest niemożliwy do spełnienia, wypełnił przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany był zatem do odrzucenia oferty tego wykonawcy jako niespełniającej warunków SIWZ oraz jako oferty której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu konkurencji.

W dniu 23 października 2018 roku zamawiający przekazał drugiemu z wykonawców biorących udział w postępowaniu zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią oraz wezwał go do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

*Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

W dniu 26 października 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo Badań i Analiz Energetycznych „ENERGOTHERM” Sp. z o.o. z siedzibą w Przeźmierowie (Lider Konsorcjum) i 2) Zakład Badawczo–Projektowy „INWAT” Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (Partner Konsorcjum), (zwani dalej łącznie: „przystępującym” bądź „wykonawcą ENERGOTHERM”) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazali stronę, do której zgłaszają przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Strony w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba ustaliła, że w/w wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikiem tego postępowania.

W dniu 5 listopada 2018 roku – przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo uzupełniające przystępującego, zawierające jego stanowisko w sprawie.

W dniu 5 listopada 2018 roku – w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego – zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z: ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), protokołu postępowania, oferty przystępującego, zawiadomienia o wynikach postępowania.

Ponadto, Izba wzięła pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone odpowiednio w odwołaniu, w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie oraz w piśmie przystępującego, a także wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 listopada 2018 roku.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz, że został uiszczony od niego wpis we właściwej wysokości.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług specjalistycznych – pomiarów parametrów bloków klasy 200 MW w ramach postępowania konkursowego „Program Bloki 200+ Innowacyjna technologia zmiany reżimu pracy bloków energetycznych klasy 200 MWe”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ) został zawarty w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i stanowi jej integralną część. Zgodnie z punktem 16.1.1. SIWZ kryteriami oceny ofert były:

- cena – waga 60%, maksymalna liczba punktów – 60;
- kryterium merytoryczne (czas realizacji) – waga 40%, maksymalna liczba punktów – 40.

W części II SOPZ, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, zamawiający podał definicję Pomiarów I i II.

*„Pomiary I” - oznacza czynności pomiarowe dokonywane przez NCBR, zgodnie z Umową przed podjęciem Prac B+R w ramach Fazy III, przy czym możliwe jest dokonanie ich przez podmiot zewnętrzny, działający na zlecenie NCBR, dokonane na Bloku wskazanym przez Wykonawcę Projektu przed rozpoczęciem Prac B+R w ramach Fazy III, zmierzające do ustalenia parametrów funkcjonowania Bloku przed wprowadzeniem zmian wynikających z Wyników Prac Fazy I i II, a realizowanych w ramach Fazy III.*

*„Pomiary II” - oznacza czynności pomiarowe dokonywane przez NCBR, zgodnie z Umową, przy czym możliwe jest dokonanie ich przez podmiot zewnętrzny, działający*

na zlecenie NCBR, dokonane na Bloku wskazanym przez Wykonawcę Projektu po przeprowadzeniu Prac B+R w ramach Fazy III, zmierzające do ustalenia wpływu zastosowania Metody na parametry Bloku ustalone w ramach Pomiarów I, tj. skuteczności Metody w stosunku do założeń wskazanych w Koncepcji oraz weryfikacji parametrów funkcjonowania Bloku po przeprowadzeniu Prac B+R w ramach Fazy III, tj. weryfikacji w środowisku rzeczywistym Wyników Prac Fazy I i Wyników Prac Fazy II; Pomiarów II będą podlegały ocenie Komisji Konkursowej, której wynik może być pozytywny lub negatywny.

W części II SOPZ punkt 2 zamawiający wskazał, że: świadczenie specjalistycznych usług pomiarowych podczas realizacji opisanego powyżej postępowania publicznego polegających na dokonywaniu pomiarów niezbędnych do kontroli spełnienia wymogów Programu opisanych w Regulaminie w tabelach nr 9.1 oraz 12.1 z uwzględnieniem deklaracji wynikających z tabeli 13.2, o ile były zaproponowane przez Wykonawcę projektu. Pomiarów mają być wykonane dwukrotnie, tj. przed wykonaniem prac na bloku/ach przewidzianych w Fazy III (Pomiary I) i po ich zrealizowaniu (Pomiary II). W tym zakresie Zamawiający oczekuje oceny spełnienia wymogów Programu Bloki 200+ w tzw. układzie różnicowym.

Jednocześnie zamawiający podał, iż z racji istotnego znaczenia Zadań częściowych na badane parametry, a więc na zakres przedmiotu zamówienia, zakresy merytoryczne ww. tabel z Regulaminu zamieszczono poniżej:

Tabela 9.1.

Lp.	Nazwa zadania częściowego – wymagania minimalne	Ceny brutto (użyte symbole opisano w punkcie V. SOPZ)
	Grupa 1	
1.	Czas rozruchu ze stanu zimnego – 5 h	I-OZD
2.	Czas rozruchu ze stanu ciepłego – 2,5 h	
3.	Czas rozruchu ze stanu gorącego – 1,5 h	
4.	Gradient przyrostu mocy – 4 % mocy osiągalnej [MW/min.]	

5.	Minimalna moc przy stabilnej/długotrwałej pracy na paliwie podstawowym (Minimum Techniczne Jednostki Wytwórczej) z dotrzymaniem aktualnych parametrów emisyjnych – 40% mocy osiągalnej	
6.	Rozwiązanie informatyczne i kontrolno-pomiarowe umożliwiające prognozowanie wpływu szybkich startów, odstawień i zmienności obciążenia (oraz związanych z tym czynności ruchowych) na wskaźniki awaryjności i dyspozycyjności bloku oraz optymalizację ekonomiczną eksploatacji bloku z uwzględnieniem jego bieżącego i prognozowanego stanu pracy oraz aspektów materiałowych, emisyjnych i sprawnościowych.	

*Definicje użyte w powyższej tabeli 9.1.:*

**Czas rozruchu** – czas liczony od uruchomienia pierwszego wentylatora spalin do osiągnięcia minimum technicznego Bloku (minimum techniczne po spełnieniu wymagań p. 5 tabeli wynikłego z realizacji Programu Bloki 200+);

**Stan gorący Bloku** – jest to stan bloku do 8 godzin postoju po jego odstawieniu z pracy (dla potrzeb Prac B+R w Programie należy przyjąć czas postoju nie krótszy niż 6,5 h);

**Stan ciepły Bloku** – jest to stan Bloku od 8 godzin do 50 godzin postoju po jego odstawieniu z pracy (dla potrzeb Prac B+R w Programie należy przyjąć czas postoju nie krótszy niż 36 h);

**Stan zimny Bloku** – jest to stan Bloku powyżej 50 godzin postoju po jego odstawieniu z pracy (dla potrzeb Prac B+R w Programie należy przyjąć czas postoju nie krótszy niż 96 h);

**Minimum Techniczne Jednostki Wytwórczej** – minimalna moc Bloku, przy której pracuje on w sposób stabilny na paliwie podstawowym, uzyskana w wyniku realizacji Programu Bloki 200+ jednak nie wyższa niż wynikająca z aktualnej Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej (IRiESP);

**Moc osiągalna jednostki wytwórczej** – maksymalna moc czynna Bloku, przy której Blok może pracować przez nieograniczony czas.

Tabela 12.1

Lp.	Nazwa zadania cząstkowego – wymaganie fakultatywne	Ceny brutto (użyte symbole opisano w punkcie V. SOPZ)
	Grupa II	
1.	Wzrost sprawności wytwarzania energii elektrycznej (netto) w obszarze od Minimum Technicznego Jednostki Wytwórczej do 60% wartości mocy osiągalnej bez znaczących ingerencji/modyfikacji w układ przepływowo turbiny	CZF-II.1
2.	Spełnienie wymogów BAT dla emisji Hg	CZF-II.2
3.	Spełnienie wymogów BAT dla emisji HCl	CZF-II.3
4.	Spełnienie wymogów BAT dla emisji HF	CZF-II.4
5.	Spełnienie wymogów przepisów dla emisji boru w ściekach	CZF-II.5
	Grupa III	
1.	Spełnienie wymogów BAT dla emisji SO <sub>2</sub>	CZF-III.1
2.	Spełnienie wymogów BAT dla emisji NO <sub>x</sub>	CZF-III.2
3.	Spełnienie wymogów BAT dla emisji pyłu	CZF-III.3

*Definicje użyte w powyższej tabeli 12.1.:*

**Wymagania BAT** – Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2017/1442 z dnia 31 lipca 2017 r. ustanawiająca konkluzje dotyczące najlepszych dostępnych technik (BAT) w odniesieniu do dużych obiektów energetycznego spalania zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE (notyfikowana, jako dokument nr C(2017) 5225) (Tekst mający znaczenie dla EOG), dotyczące wymaganych norm emisji;

*Pozostałe określenia mają znaczenie przypisane im w Tabeli 9.1.*

Tabela 13.2.

Lp.	Nazwa zadania – wymaganie minimalne („Zadania cząstkowe dla Fazy II”, jako postąpienie w stosunku do Zadań cząstkowych określonych w Fazie Koncepcji)	Minimalne postąpienie
1.	Czas rozruchu ze stanu zimnego – 5 h	15 min skrócenia i wielokrotność
2.	Czas rozruchu ze stanu ciepłego – 2,5 h	10 min skrócenia i wielokrotność
3.	Czas rozruchu ze stanu gorącego – 1,5 h	10 min skrócenia i wielokrotność
4.	Minimalna moc przy stabilnej/długotrwałej pracy na paliwie podstawowym (minimum techniczne jednostki wytwórczej) z dotrzymaniem aktualnych parametrów emisyjnych - 40% mocy osiągalnej	1 MW obniżenia i wielokrotność

Definicje użyte w powyższej tabeli 13.2. mają znaczenie wskazane w związku z tabelą 9.1.

**Zamawiający oczekuje złożenia oferty na realizację pomiarów parametrów opisanych w powyższych tabelach dla wszystkich zadań wg niniejszego SOPZ, celem oceny spełniania wymogów Programu Bloki 200+ zaproponowanych przez jednego Wykonawcę Projektu. W przypadku gdyby w wyniku realizacji Programu Bloki 200+ do Fazy końcowej wyłoniono większą liczbę Wykonawców Projektu i tym samym wystąpiłaby konieczność przeprowadzenia większej liczby Pomiarów I i II na większej liczbie bloków referencyjnych, Zamawiający zleci Wykonawcy zakres prac wynikający z rzeczywistej ilości Pomiarów I i II wg cen jednostkowych oferowanych wg punkcie V. SOPZ.**

W części III punkcie 3 SOPZ, dotyczącym czasu realizacji zamówienia, zamawiający podał:

### 3. Pomiary I i II

3.1. Pomiary I (punkt II. podpunkt 2. SOPZ) – przed rozpoczęciem prac Fazy III i po zakończeniu prac B+R Fazy III wg Ramowego harmonogramu Programu Bloki 200+, stanowiącego Załącznik nr 4 do Regulaminu – termin oddania wyników prac – raportu z Pomiarów I – **AA** dni po rozpoczęciu badań obiektu (Pomiary I);



3.2. *Pomiary II (punkt II. podpunkt 2. SOPZ) – po zakończeniu prac B+R Fazy III wg Ramowego harmonogramu Programu Bloki 200+, stanowiącego Załącznik nr 4 do Regulaminu, nie później niż **BB** dni po rozpoczęciu badań obiektu (Pomiary II).*

3.3. *Terminy rozpoczęcia pomiarów muszą zostać potwierdzone przez Strony w protokole, o którym mowa w cz. IV. punkt 4. litera (iii) SOPZ.*

**3.4. W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę terminu realizacji powyżej 60 dni (dla przynajmniej jednego z terminów AA lub terminu BB) oferta będzie podlegała odrzuceniu.**

W części IV SOPZ zamawiający określił szczególne wymagania co do sposobu wykonania usługi, wskazując na założenia do metodyki realizacji zamówienia.

Odnośnie zakresu prac w trakcie Pomiarów I zamawiający wskazał m.in., że: *Firma Pomiarowa w trakcie Pomiarów I wykona prace pomiarowe z zakresu tabel 9.1 z wyłączeniem punktu 6 przedmiotowej tabeli oraz z zakresu tabeli 12.1. (część IV punkt 1 lit. a) SOPZ). Firma Pomiarowa odpowiedzialna jest za wszelkie niezbędne wyliczenia i obróbkę wyników pomiarów w tym krzywych korekcyjnych na podstawie danych uzyskanych od Wykonawcy projektu, w takim zakresie jaki będzie niezbędny do wykazania spełnienia lub niespełnienia wymogów Programu. Za dane „wsadowe”, które nie są wynikiem pomiarów wykonanych przez Firmę pomiarową odpowiedzialny będzie Wykonawca projektu (część IV punkt 1 lit. d) SOPZ). co do zasady zakłada się, że pomiary prowadzone będą z wykorzystaniem przyrządów pomiarowych będących własnością Firmy Pomiarowej. Dopuszcza się, w uzasadnionych przypadkach, wykorzystanie danych zarejestrowanych w Systemie DCS badanego obiektu. (część IV punkt 1 lit. e) SOPZ).*

Odnośnie zakresu prac w trakcie Pomiarów II zamawiający wskazał m.in., że: *Firma Pomiarowa w trakcie Pomiarów II wykona prace pomiarowe z zakresu tabel 9.1, 12.1 i 13.2 (część IV punkt 2 lit. A. SOPZ). Firma Pomiarowa odpowiedzialna jest za wszelkie niezbędne wyliczenia i obróbkę wyników pomiarów w tym krzywych korekcyjnych na podstawie danych uzyskanych od Wykonawcy projektu, w takim zakresie jaki będzie niezbędny do wykazania spełnienia lub niespełnienia wymogów Programu. Za dane „wsadowe”, które nie są wynikiem pomiarów wykonanych przez Firmę pomiarową odpowiedzialny będzie Wykonawca projektu (część IV punkt 2 lit. E. SOPZ). co do zasady zakłada się, że pomiary prowadzone będą z wykorzystaniem przyrządów pomiarowych będących własnością Firmy Pomiarowej. Dopuszcza się, w uzasadnionych przypadkach, wykorzystanie danych zarejestrowanych w Systemie DCS badanego obiektu (część IV punkt 2 lit. F. SOPZ).*

W części III SOPZ zamawiający opisał dokumenty odniesienia dla poszczególnych prac. I tak, w stosunku do zadań określonych w tabeli 9.1. w zakresie pozycji 1 – 5 dokumenty

odniesienia - *Pomiary i ocena wg wymagań IRiESP*, gdzie *IRiESP* to *Instrukcja Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej PSE SA*. Natomiast w zakresie pozycji 6 - *Pomiary i ocena wg pkt. Xi. 2. Podpunkt c) powyżej*. W stosunku do zadań określonych w tabeli 12.1. dla pozycji 1 tabeli (Grupa II), tj. *Wzrost sprawności wytwarzania energii elektrycznej (netto) w obszarze od Minimum Technicznego Jednostki Wytwórczej*, dokumenty odniesienia - *Pomiary i ocena wg obowiązujących Norm PN*. W zakresie pozostałych pozycji tabeli, tj. 2-5 dla Grupy II oraz 1- 3 dla Grupy III (spełnienie wymogów BAT dla emisji Hg, HCL, HF, SO<sub>2</sub>, NO<sub>x</sub>, pyłu oraz spełnienie wymogów przepisów dla emisji boru w ściekach) jako dokumenty odniesienia określono - *Pomiary i ocena wg obowiązujących aktów prawnych i Norm PN*.

Ponadto, w części IV SOPZ opisującej założenia regulujące warunki współpracy stron zamawiający wskazał, że *przed przystąpieniem do każdej serii pomiarowej podpisany, przez uprawnionego przedstawiciela Stron, zostanie protokół przedpomiarowy, w którym Strony zgłoszą ewentualne uwagi/sugestie. Z kolei po zakończeniu serii pomiarowej podpisany, przez uprawnionego przedstawiciela Stron, zostanie protokół popomiarowy, w którym Strony zgłoszą ewentualne uwagi wraz z ustalonym scenariuszem ich uwzględnienia w obliczeniach/ ocenie spełnienia. Firma Pomiarowa przystąpi do oceny spełnienia warunków Programu Bloki 200+ wyłącznie w przypadku, gdy wszelkich ewentualnych uwag zostaną określone scenariusze działań w protokole popomiarowym.*

W części V SOPZ zamawiający podał m.in., iż *oczekuje złożenia oferty ilości dni niezbędnych dla Wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia opisanych w cz. III SOZP „Czas realizacji zamówienia”*

a) *Termin, o którym mowa w cz. III. punkt 3.1 SOPZ.*

*termin **AA** [dni kalendarzowych]*

b) *Termin, o którym mowa w cz. III. punkt 3.2 SOPZ.*

*termin **BB** [dni kalendarzowych].*

Przystępujący w zakresie czasu realizacji podał w swojej ofercie:

- Termin, o którym mowa w punkcie III. Podpunkt 3.1. **AA** – 9 dni;
- Termin, o którym mowa w punkcie III. Podpunkt 3.2. **BB** – 10 dni
- Czas realizacji – podlegający ocenie: 19 dni.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Izba rozpoznała odwołanie – zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Odwołanie podlega oddaleniu. Zarzuty podniesione przez odwołującego nie potwierdziły się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Z kolei przepis art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419) stanowi, iż *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.* Zgodnie zaś z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu w rozpoznawanej sprawie. W myśl bowiem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Zasada ta stanowi odzwierciedlenie zasady wyrażonej w art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny, iż *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.* Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 listopada 2007 roku, sygn. akt II CSK 293/07 wskazał, iż *ciężar udowodnienia faktu „rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej - to jest najistotniejsze w rozpatrywanej sprawie - konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu.”* Analogicznie jest w przypadku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W ocenie Izby odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim obowiązkowi ciężaru dowodowego. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających zasadność podnoszonych przez siebie zarzutów. Zarzuty podnoszone przez odwołującego nie znajdują potwierdzenia ani w SIWZ, ani w przepisach prawa. Tym samym, Izba uznała twierdzenia odwołującego za gołosłowne.

Ponadto, Izba wskazuje, iż w toku rozprawy – w dniu 5 listopada 2018 roku – odwołujący w zasadzie w ogóle nie odniósł się do zaprezentowanych przez przystępującego w złożonym przez niego piśmie procesowym (datowanym na dzień 5 listopada 2018 roku) harmonogramów realizacji prac w ramach Pomiarów I i II.

Odwołujący nie zakwestionował przyjętej przez przystępującego metodologii, sposobu pomiaru czy kolejności poszczególnych prac, za wyjątkiem długości samych pomiarów. Odwołujący zwracał uwagę w głównej mierze na konieczność wykonania pomiarów przez 24 godziny, przy czym wskazywał, że pomiary te muszą zostać wykonane dla obciążenia maksymalnego, a także dla obciążenia minimalnego i średniego. Zdaniem odwołującego, łączny czas na wykonanie wszystkich pomiarów przy wskazanych obciążeniach to 76 godzin, przy założeniu konieczności rezerwacji czasu na zmianę obciążenia i stabilizację. Podkreślić należy, że przystępujący w ramach swoich obliczeń uwzględnił czas na zmianę obciążenia i stabilizację. Rozbieżna pomiędzy stronami pozostała kwestia długości czasu trwania pomiarów.

W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, że istnieją podstawy prawne do przyjęcia założenia, że pomiary, które mają być realizowane w ramach przedmiotowego zamówienia, muszą być wykonywane w systemie 24-godzinnym. Co więcej, odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom przystępującego, że Polska Norma PN-EN 14792:2006, na którą powoływał się przystępujący, stanowi o dokonywaniu pomiarów w okresie 30 minut. Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom odwołującego, konieczność przeprowadzenia 24-godzinnych pomiarów, o których mowa w tym postępowaniu, nie wynika z decyzji wykonawczej Komisji (UE) 2017/1442 z dnia 31.07.2017 roku ustanawiającej konkluzje dotyczące najlepszych dostępnych technik (BAT) w odniesieniu do dużych obiektów energetycznego spalania zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE (Dz.Urz.UE.L Nr 212, str. 1) – (dalej zwanej: „Konkluzje dotyczące BAT”). Odwołujący zwracał uwagę w szczególności na punkt 1 preambuły w/w decyzji, z którego to wynika jedynie, iż: *„Konkluzje dotyczące najlepszych dostępnych technik (BAT) służą jako odniesienie przy ustalaniu warunków pozwolenia w przypadku instalacji objętych zakresem rozdziału II dyrektywy 2010/75/UE, zaś właściwe organy powinny określić dopuszczalne wielkości emisji, dzięki którym w normalnych warunkach eksploatacji emisje nie przekroczą poziomów powiązanych*

*z najlepszymi dostępnymi technikami określonymi w konkluzjach dotyczących BAT.*”  
W uwagach ogólnych Konkluzji dotyczących BAT zapisano, iż: *„Techniki wymienione i opisane w niniejszych konkluzjach BAT nie mają ani nakazowego, ani wyczerpującego charakteru. Dopuszcza się stosowanie innych technik, o ile zapewniają co najmniej równoważny poziom ochrony środowiska.”* W akcie tym zdefiniowano również okresy uśredniania wyników pomiarów wskazując, iż:

- *średnia dobowa to średnia z okresu 24 godzin obliczona dla ważnych średnich wartości godzinnych uzyskanych w wyniku ciągłych pomiarów;*
- *średnia roczna to średnia z okresu jednego roku obliczona dla ważnych średnich wartości godzinnych uzyskanych w wyniku ciągłych pomiarów;*
- *średnia z okresu pobierania próbek to średnia wartość uzyskana na podstawie trzech kolejnych pomiarów, z których każdy trwa co najmniej 30 minut;*
- *średnia z próbek uzyskanych w ciągu jednego roku to średnia z wartości uzyskanych w ciągu jednego roku okresowych pomiarów dokonywanych z częstotliwością monitorowania określoną dla każdego parametru.*

Warto przy tym zauważyć, że średnia dobowa i średnia roczna odnosi się do wartości uzyskanych w wyniku ciągłych pomiarów. Wprawdzie w samym odwołaniu odwołujący podkreślał, że pomiary muszą być ciągłe i muszą trwać 24 godziny, ale już w trakcie rozprawy podnosił, że nigdy nie wskazywał, że muszą być ciągłe, a jedynie, że 24-godzinne. Jest to istotne z tego względu, iż „Konkluzje dotyczące BAT” w definicjach stosowanych terminów, określają również definicję pomiaru ciągłego jako: *„Pomiar dokonywany przy zastosowaniu automatycznych systemów pomiarowych zainstalowanych na stałe na miejscu”*. Natomiast, jak słusznie zwrócił uwagę przystępujący w toku rozprawy, zgodnie z założeniami metodyki realizacji zamówienia, określonymi przez zamawiającego w punkcie IV SOPZ lit. d) – dla Pomiarów I i F. – dla Pomiarów II, przyjmuje się, że pomiary będą prowadzone w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia z wykorzystaniem przyrządów pomiarowych będących własnością Firmy Pomiarowej (tj. wykonawcy), przy czym dopuszcza się, w uzasadnionych przypadkach, wykorzystanie danych zarejestrowanych w Systemie DCS badanego obiektu. A zatem, zgodnie z założeniami, opisanymi w SIWZ, pomiary miały być przeprowadzone przy wykorzystaniu własnych urządzeń, czyli urządzeń pomiarowych, nie będących zainstalowanymi na stałe na miejscu. Powyższe oznacza, że nielogiczne jest założenie, iż zasady pomiarów, o których mowa w Konkluzjach dotyczących BAT, znajdują pełne odniesienie do pomiarów, które mają być wykonywane w ramach przedmiotowego zamówienia.

Konkluzje dotyczące BAT, jak podnosił przystępujący, dotyczą kwestii monitorowania emisji do powietrza oraz określają minimalne częstotliwości monitorowania w obiektach oddanych do użytkowania. Nie można założeń wynikających z Konkluzji dotyczących BAT w tym zakresie bezpośrednio przedkładać na założenia dotyczące pomiarów, które wykonawcy będą realizować w ramach tego zamówienia. Wynika to też z tego względu, iż Konkluzje dotyczące BAT określając poziomy emisji odnoszą się do średniej rocznej, średniej dobowej, jak i do średniej z okresu pobierania próbek. Przy określonej przez zamawiającego górnej granicy czasu trwania pomiarów (termin realizacji powyżej 60 dni dla przynajmniej jednego z terminów Pomiarów I lub II miał skutkować odrzuceniem oferty) niemożliwe byłoby oczekiwanie od wykonawców wykonania pomiarów z uwzględnieniem średniorocznego poziomu emisji. Nie jest zasadny argument podnoszony przez odwołującego, że dla oceny spełnienia wartości średniorocznych poziomu emisji konieczne są badania ze średniej dobowej. Są to całkiem inne punkty odniesienia (inne zakresy dopuszczalnych wartości poziomów emisji). Argumentacja odwołującego w tym zakresie jest całkowicie chybiona.

Niemniej istotne znaczenie ma również to, iż nawet gdyby przyjąć taką interpretację Konkluzji dotyczących BAT, iż z aktu tego wynika obowiązek pomiarów 24-godzinnych, co jak już wcześniej wskazano nie jest zasadne, to należy wskazać, że zamawiający powoływał się w treści SIWZ na konieczność spełnienia wymagań, określonych w Konkluzjach dotyczących BAT, ale w zakresie wymaganych norm emisji. Natomiast już w dokumentach odniesienia dla dokonywanych Pomiarów I i II i ich oceny wskazywał, że mają się one odbywać według obowiązujących aktów prawnych i Norm PN. W dokumentach odniesienia zamawiający nie powoływał się w ogóle na Konkluzje dotyczące BAT.

W konsekwencji należało uznać, że odwołujący nie wykazał, że prezentowane przez niego założenie, jako jedynie słuszne i właściwe, co do wykonywania pomiarów 24-godzinnych w każdym z obciążeń ma jakiegokolwiek uzasadnienie czy to w dowodach (odwołujący nie przedstawił ani jednego dowodu), czy to w obowiązujących aktach prawnych, do których odwoływał się zamawiający w treści SIWZ. Takie założenie wynika może z praktyki odwołującego i jego doświadczenia, niemniej jednak, brak jakichkolwiek dowodów w tym zakresie uniemożliwia uznanie zarzutów za uzasadnione.

Podkreślić również należy, że zamawiający w treści SIWZ nie wskazał sposobu, czy też metodologii przeprowadzania Pomiarów I, jak i II, pozostawiając dobór metody wykonawcom. Jednocześnie też należy zauważyć, że odwołujący nie podważył w żaden sposób zdolności organizacyjnych, czy też zasobów przystępującego, koniecznych do realizacji pomiarów według zakładanego przez niego schematu.

Dodatkowo należy wskazać, że odwołujący w odwołaniu nawet nie wskazał jednoznacznie, z którym postanowieniem czy postanowieniami SIWZ oferta przystępującego jest niezgodna, a niezgodność tą wywodził pośrednio z wielu postanowień SIWZ, w tym wynikających z tabel przedstawionych w SOPZ oraz z własnych praktyk.

W tym miejscu należy też zauważyć, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp byłby uzasadniony wtedy, gdyby odwołujący wykazał, że oferta przystępującego jest niezgodna z SIWZ. W wyroku z dnia 2 stycznia 2018 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2651/17, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: *„odrzućenie oferty następuje w przypadkach, gdy Zamawiający ma pewność, że oferta wykonawcy jest niezgodna z SIWZ. Przesłanki dotyczące odrzucenia oferty powinny być interpretowane w sposób ścisły, co niejednokrotnie potwierdzone zostało orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Zatem odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU jest możliwe tylko wtedy, gdy ponad wszelką wątpliwość z dokumentacji postępowania wynika, że oferta wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego (por. m.in. wyrok KIO z dnia 13 maja 2015 r., sygn. akt KIO 896/15). Niezgodność oferty z treścią SIWZ musi być jednoznaczna, niewątpliwa i wskazywać na zupełną rozbieżność treści oferty z treścią SIWZ.”*

W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie, odwołujący nie wykazał, że oferta przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ i, że ta niezgodność jest oczywista i niewątpliwa.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, tj. zarzutu zaniechania odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to słusznie przystępujący wskazywał, że odwołujący nie wykazał przesłanek stanowiących o czynie nieuczciwej konkurencji. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2017 roku, sygn. akt KIO 2193/17 należy wskazać, że: *„zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony oraz uzasadniony przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. „Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC rok 2004, nr 2, poz. 26).”*

Odwołujący wskazywał, że przystępujący oferując zbyt krótki czas na realizację przedmiotu zamówienia miał na celu jedynie uzyskanie zamówienia i uniemożliwienie pozostałym wykonawcom uczciwą konkurencję w trakcie postępowania. Wykonawca

zaoferował termin wykonania Pomiarów I i II, który jest niemożliwy do spełnienia. Takie zachowanie, zdaniem odwołującego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby, powyższe uzasadnienie podniesionego zarzutu nie stanowi uzasadnienia i wykazania popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Zaoferowanie świadczenia niemożliwego do spełnienia (co w niniejszej sprawie również nie zostało wykazane) samo przez się nie stanowi o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze, że nie znalazły potwierdzenia zarzuty stawiane przez odwołującego, dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie w/w przepisów, Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji, Izba orzekła, że odwołanie należało oddalić.

W związku z powyższym Izba orzekła - jak w punkcie 1 sentencji wyroku – oddalając odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

*Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

*Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

*Stosownie do § 3 pkt 1 i pkt 2 powołanego powyżej rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:*

- 1) wpis, obejmujący w szczególności (...)*
- 2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności (...).*



Zgodnie zaś z § 5 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia *w przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2.*

W niniejszej sprawie – co wynika z punktu 1 sentencji orzeczenia – Izba oddaliła odwołanie.

Na koszty postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000,00 zł, którą to kwotę Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego, a także koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictw w wysokości 85,00 zł. Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła o kosztach postępowania jak w pkt 2 sentencji wyroku i zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 85,00 zł tytułem zwrotu kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....