

WYROK

z dnia 18 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Izabela Kuciak
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTOM POWER Sp. z o.o., ALSTOM POWER Italia SpA, ul. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Elektrociepłownia „KRAKÓW” Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, upoważnionego do przeprowadzenia postępowania również w imieniu i na rzecz zamawiających: Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, Elektrociepłownia Wybrzeże S.A. z siedzibą w Gdańsku,**

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Zabrze Holding S.A., Fisia Babcock Environment GmbH, Instal Kraków S.A., ul. Wolności 191, 41-800 Zabrze, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Odwołującego,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rafako S.A., PBG S.A. w upadłości układowej, ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTOM POWER Sp. z o.o., ALSTOM POWER Italia SpA, ul. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTOM POWER Sp. z o.o., ALSTOM POWER Italia SpA, ul. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTOM POWER Sp. z o.o., ALSTOM POWER Italia SpA, ul. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa**, na rzecz Zamawiającego - **Elektrociepłownia „KRAKÓW” Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie**, upoważnionego do przeprowadzenia postępowania również w imieniu i na rzecz zamawiających: **Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, Elektrociepłownia Wybrzeże S.A. z siedzibą w Gdańsku**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający sektorowy – EDF Kraków S.A., Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A., EDF Wybrzeże S.A. w imieniu których postępowanie prowadzi EDF Polska CUW Sp. z o.o. Centrum Zakupów i Logistyki ul. Ciepłownicza 1, 31-587 Kraków, o udzielenie zamówienia publicznego na „*Zaprojektowanie, wykonanie i uruchomienie instalacji odsiarczania spalin metodą mokrą według technologii wapienno-gipsowej w Spółkach Grupy EDF Polska*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 lipca 2011 r., pod pozycją 2011/S 137-228323.

Zamawiający dnia 24 września 2012 roku poinformował wykonawców o dokonanym wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dnia 3 października 2012 roku wykonawca-wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ALSTOM Power sp. z o.o., ALSTOM Power Italia SpA z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, tj.:

1. Zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Rafako S.A. z siedzibą w Raciborzu oraz PBG S.A. w upadłości układowej z siedzibą w Wysogotowie, pomimo że wykonawca ten znajduje się w upadłości,
2. Zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Rafako-PBG, pomimo że konsorcjum Rafako-PBG nie dysponuje metodą mokrą odsiarczania spalin w technologii wapienno-gipsowej, co było wymagane w odnośnej s.i.w.z.,
3. Zaniechaniu wykluczenia konsorcjum Rafako-PBG, pomimo że konsorcjum Rafako-PBG złożyło nieprawdziwe informacje w zakresie dysponowania własną metodą mokrą odsiarczania spalin w technologii wapienno-gipsowej, które to informacje mają wpływ na wynik postępowania,
4. zaniechaniu wykluczenia konsorcjum Rafako-PBG, pomimo że konsorcjum Rafako-PBG złożyło nieprawdziwe informacje w odniesieniu do gwarantowanych parametrów zużycia energii elektrycznej, ocenianych przy wyborze oferty najkorzystniejszej, które to informacje mają wpływ na wynik postępowania,

5. zaniechaniu wezwania konsorcjum Rafako-PBG do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że cena ta budzi wątpliwości co do jej realności,
6. Zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Rafako-PBG, pomimo że oferta ta zawiera cenę rażąco niską,
7. Dokonaniu wyboru oferty konsorcjum Rafako-PBG jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że zgodnie z kryteriami oceny ofert to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą,
8. Zaniechaniu równego traktowania wykonawców, biorących udział w postępowaniu, oraz nieprzestrzeganiu zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty konsorcjum Rafako-PBG, a co za tym idzie jest uprawniony do wyboru oferty konsorcjum Rafako-PBG, choć jeden z członków tego konsorcjum jest w stanie upadłości,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty konsorcjum Rafako-PBG, a co za tym idzie jest uprawniony do wyboru oferty Konsorcjum Rafako-PBG, choć oferta tego wykonawcy jest niezgodna z s.i.w.z. w zakresie wymogu dysponowania metodą mokrą odsiarczania spalin w technologii wapienno-gipsowej,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty konsorcjum Rafako-PBG, a co za tym idzie jest uprawniony do wyboru oferty konsorcjum Rafako-PBG, choć wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, poprzez potwierdzenie wymagania dotyczącego dysponowania własną metodą mokrą odsiarczania spalin w technologii wapienno-gipsowej, które to informacje mają wpływ na wynik postępowania,
4. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty konsorcjum Rafako-PBG, a co za tym idzie jest uprawniony do wyboru oferty konsorcjum Rafako-PBG, choć wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, poprzez twierdzenie, że jest w stanie zaoferować gwarantowane wartości na określonym poziomie, choć są one nierealne, które to informacje mają wpływ na wynik postępowania,
5. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty konsorcjum Rafako-PBG, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską, choć cena ofertowa konsorcjum Rafako-PBG budzi wątpliwości co do jej realności,

6. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty konsorcjum Rafako-PBG, a co za tym idzie jest uprawniony do wyboru oferty konsorcjum Rafako-PBG, choć oferta ta zawiera cenę rażąco niską,

7. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu ofert złożonych w postępowaniu, a co za tym idzie jest uprawniony do wyboru oferty konsorcjum Rafako-PBG, choć oferta ta w ogóle nie powinna być sklasyfikowana w rankingu ocenianych ofert,

8. art. 7 ust. 1, 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy badaniu ofert, oraz poprzez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia konsorcjum Rafako-PBG z postępowania z uwagi na wchodzenie w skład Konsorcjum Rafako-PBG spółki PBG S.A w upadłości układowej,
- 4) odrzucenia oferty konsorcjum Rafako-PBG z uwagi na zaoferowanie przez konsorcjum Rafako-PBG oferty niezgodnej z s.i.w.z.,
- 5) wykluczenie konsorcjum Rafako-PBG z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania,
- 6) odrzucenie oferty konsorcjum Rafako-PBG z postępowania, z uwagi na zaoferowania przez konsorcjum Rafako-PBG ceny rażąco niskiej,
- 7) dokonanie wyboru oferty odwołującego, w ramach ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań zamawiającego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść i poniósł szkodę. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, dokonałby należytej czynności badania i oceny oferty konsorcjum Rafako-PBG, wskutek czego stwierdziłby wystąpienie ww. uchybień i wykluczyłby konsorcjum Rafako-PBG z postępowania oraz odrzuciłby ofertę tego wykonawcy. W konsekwencji, oferta odwołującego, zostałaaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu i zostałaaby wybrana ofertą najkorzystniejszą. Tym samym, gdyby zamawiający podejmował czynności zgodne z przepisami ustawy Pzp, odwołujący nie zostałaby bezprawnie pozbawiony możliwości realizacji zamówienia na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 3 października 2012 roku. Zamawiający dnia 4 października 2012 roku przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom.

Dnia 8 października 2012 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca-wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Rafako S.A., PBG S.A. w upadłości układowej, ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz.

Dnia 8 października 2012 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca-wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mostostal Zabrze Holding S.A., Fisia Babcock Environment GmbH, Instal Kraków S.A., ul. Wolności 191, 41-800 Zabrze.

Zamawiający dnia 15 października 2012 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty konsorcjum Rafako-PBG, a co za tym idzie jest uprawniony do wyboru oferty konsorcjum Rafako-PBG, choć jeden z członków tego konsorcjum jest w stanie upadłości, Izba uznała, że zarzut ten jest spóźniony.

Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, 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 okolicznościach przedmiotowej sprawy informacją powszechnie dostępną i upublicznią był fakt, iż dnia 13 czerwca 2012 r. Sąd Rejonowy Poznań - Stare Miasto w Poznaniu, Wydział XI Gospodarczy do Spraw Upadłościowych i Naprawczych wydał postanowienie o ogłoszeniu upadłości PBG S.A. (jednego z wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum PBG) z możliwością zawarcia układu.

Powyższe postanowienie zostało opublikowane dnia 21 czerwca 2012 roku w Monitorze Sądowym i Gospodarczym Nr 119/2012, pod pozycją 8385.

Powyższa okoliczność w myśl przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, stanowiła podstawę do wniesienia odwołania od czynności zaniechania wykluczenia przystępującego Rafako-PBG. Termin na wniesienie odwołania liczyć bowiem należy od dnia ogłoszenia ww. postanowienia o ogłoszeniu upadłości z możliwością układu w Monitorze Sądowym i Gospodarczym.

Skoro bowiem odwołujący wymaga od zamawiającego dochowania należytej staranności w prowadzeniu przedmiotowego postępowania, to taką samą staranność należało również odnieść do odwołującego. Wskazać bowiem należy, że odwołujący przy dochowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia. Profesjonalizm odwołującego w powyższym zakresie doznał uszczerbku, który na obecnym etapie postępowania nie może zostać usankcjonowany.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut stawiany dopiero dnia 3 października 2012 roku, jest zarzutem spóźnionym.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty konsorcjum Rafako-PBG, a co za tym idzie jest uprawniony do wyboru oferty konsorcjum Rafako-PBG, choć wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, poprzez potwierdzenie wymagania dotyczącego dysponowania własną metodą mokrą odsiarczania spalin w technologii wapienno-gipsowej, które to informacje mają wpływ na wynik postępowania, Izba uznała zarzut za spóźniony.

Wymagane przez zamawiającego w punkcie III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu „dysponowanie własną technologią lub licencją dotyczącą metody mokrej wapiennej odsiarczania spalin” stanowiło jeden z podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, oceniany na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W celu udokumentowania spełniania tego warunku zamawiający wymagał przedstawienia wraz z wnioskiem „dokumentu potwierdzającego dysponowaniem technologią mokrą

wapienną odsiarczania spalin (prawo patentowe lub dokument potwierdzający posiadanie zastrzeżonej technologii, lub licencję ważną terminowo z podaniem obszaru działania licencji)". Przystępujący Rafako-PBG do dnia upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło wymagane przez zamawiającego oświadczenie.

Wskazać należy, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu (ocena wniosków) została zakończona przez zamawiającego dnia 10 listopada 2011 roku.

W ocenie Izby od tej daty rozpoczynał się bieg terminu na wniesienie odwołania na czynność zaniechania zamawiającego polegającego na nie wykluczeniu z postępowania przystępującego Rafako-PBG z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym przez przystępującego Rafako-PBG, iż zarzuty dotyczące zaniechania czynności zamawiającego, stawiane w stosownym do tego czasie, mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem potwierdzenie tego zarzutu skutkowałoby nie zaproszeniem przystępującego Rafako-PBG do złożenia oferty wstępnej.

Powyższe ustalenia jednoznacznie wskazują na uchybienia odwołującego w zakresie utrzymania terminu na wniesienie odwołania w omawianym zarzucie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty konsorcjum Rafako-PBG, a co za tym idzie jest uprawniony do wyboru oferty Konsorcjum Rafako-PBG, choć oferta tego wykonawcy jest niezgodna z s.i.w.z. w zakresie wymogu dysponowania metodą mokrą odsiarczania spalin w technologii wapienno-gipsowej, Izba uznała za bezzasadny.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ust. 13 Formularza Oferty, zamawiający żądał, aby wykonawcy oświadczyli: „*ZAPEWNIAMY wykonanie Zamówienia zgodnie z postanowieniami wzorów Umów oraz ze wszystkimi wymaganiami PFU stanowiących Rozdział II SIWZ*”. Z kolei we Wzorce Umowy, zamawiający żądał, aby wykonawcy zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia według metody mokrej odsiarczania spalin w technologii wapienno-gipsowej, ("IMOS"), będącej sprawdzoną komercyjną technologią zastosowaną w podobnych instalacjach IMOS.

W ust. 13 oferty konsorcjum Rafako-PBG zapewniło zamawiającego co do „*wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniem wzorów umowy*”, a zatem zapewniło zamawiającego co do faktu dysponowania technologią będącą sprawdzoną komercyjnie technologią zastosowaną w podobnych instalacjach IMOS.

Zdaniem Odwołującego, oferta konsorcjum Rafako-PBG jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż konsorcjum Rafako-PBG nie oferuje zaprojektowania, wykonania i uruchomienia instalacji odsiarczania spalin metodą moką według technologii wapienno-gipsowej będącej sprawdzoną komercyjnie technologią zastosowania w podobnych instalacjach IMOS - lecz wg prototypu.

Wskazać należy, że odwołujący powołuje się na § 22 ust. 5 pkt 2 Wzorów Umowy, zgodnie z którym wykonawca wykona prace w sposób zapewniający, że metody projektowe oraz konstrukcyjne, kluczowe elementy, materiały oraz urządzenia wykonane są w oparciu o sprawdzone komercyjne technologie zastosowane w podobnych instalacjach IMOS. Odwołujący twierdzi, że treść oferty konsorcjum Rafako-PBG jest niezgodna z § 22 ust. 5 pkt 2 wzoru umowy. Tymczasem konsorcjum Rafako-PBG oświadczyło w ofercie, że wykona zamówienie zgodnie z postanowieniami wzoru umowy (w tym w zgodzie z § 22 ust. 5 pkt 2 ww. wzoru) oraz ze wszystkimi wymaganiami PFU. O naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp można by mówić, gdyby konsorcjum Rafako-PBG takiego oświadczenia nie złożyło lub gdyby zobowiązało się do realizacji zamówienia według innej technologii. Tymczasem odwołujący niezasadnie z góry założył, że konsorcjum Rafako-PBG nie zrealizuje należycie zamówienia, co nie ma nic wspólnego z treścią złożonej przez konsorcjum Rafako-PBG oferty.

Zdaniem Izby odwołujący w sposób niedozwolony zamiennie używa pojęć i warunków odnoszących się do sposobu spełnienia świadczenia, stanowiącego element zobowiązania wykonawcy (opisanego § 22 ust. 5 pkt 2 wzoru umowy) oraz warunków udziału w postępowaniu (pkt III.2.3) ogłoszenia. W ten sposób odwołujący nieprawidłowo utożsamia wymogi, co do przedmiotu zamówienia, który wykonawca ma zrealizować w przyszłości.

Wskazać bowiem należy, że informacje zawarte na stronach internetowych mają charakter informacji handlowych i nie stanowią zawsze aktualnej informacji co do technicznych parametrów określonych urządzeń. Informacje takie nie mogą stanowić samoistnego dowodu na potwierdzenie, że określone urządzenie nie spełnia jakiś wymogów technicznych, o ile wprost nie została ta niezgodność na stronie internetowej stwierdzona oraz nie zostało w jakiś sposób potwierdzone, że informacje na stronie są aktualne i wiążące jeśli chodzi o producenta urządzeń (vide: wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 roku, sygn. akt KIO 2792/10).

Istotną okolicznością jest również fakt, iż zamawiający nie postawił wymogu, aby projekty wskazane w ramach doświadczenia były wykonane przy użyciu dokładnie tej samej technologii, która została wskazana do spełnienia warunku dysponowania technologią.

Przedmiot świadczenia wykonawcy opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazuje, że wykonawca zobowiązuje się o zaprojektowania, wykonania u uruchomienia instalacji odsiarczania spalin według technologii (§ 3 ust. 1 wzoru umowy), przy czym

§ 22 ust. 5 pkt 2 wzoru umowy zawiera bardzo ogólny zapis, że metody projektowe oraz konstrukcyjne, kluczowe elementy, materiały oraz urządzenia wykonane są w oparciu o sprawdzone komercyjne technologie zastosowane w podobnych instalacjach IMOS. W § 22 ust. 5 pkt 2 wzoru umowy nie ma odniesienia do technologii odsiarczania spalin jako całości, a jedynie do elementów inwestycji, takich, jak np. materiały czy narzędzia. Powyższe postanowienie umowne operuje pojęciem „technologie” w liczbie mnogiej, co potwierdza odniesienie jedynie do technologii zastosowanych na potrzeby poszczególnych elementów konstrukcji. Przykładem mogą być sprawdzone komercyjnie technologie oczyszczania ścieków, montażu, gumowania, transportu, spawania i wiele innych. Nie można utożsamiać technologii odsiarczania spalin z metodami zastosowanym do realizacji poszczególnych składowych całej inwestycji. Co więcej, gdyby zastrzeżenie z § 22 ust. 5 pkt 2 wzoru umowy miało dotyczyć także technologii odsiarczania spalin, to taki warunek musiałby się znaleźć już w ogłoszeniu o zamówieniu, a nie w ogólnikowym, nie mającym kluczowego znaczenia postanowieniu wzoru umowy (§ 22 wzoru umowy nie dotyczy nawet przedmiotu zamówienia), który nie był znany na etapie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przywoływane przez odwołującego informacje uzyskane ze strony internetowej Rafako S.A. (tj. informacja o podpisaniu umowy z Politechniką Wrocławską) dotyczą kolejnych obszarów badań i nie stanowią o dacie rozpoczęcia współpracy w obszarze odsiarczania. Odwołujący błędnie interpretuje zadania uczelni, która poza procesem dydaktycznym jest celowo wspierana w zakresie projektów mających przeznaczenie komercyjne, a realizacja badań na rzecz Rafako S.A. w ramach umowy nr Z/TK/0103/06 zawartej w dniu 24.03.2006 została zgłoszona w 2012 r. do nagrody Prezesa Rady Ministrów RP właśnie ze względu na walory związane z komercyjnym zastosowaniem w obszarze współpracy uczelni technicznej z przemysłem.

Powyższe potwierdza dowód Nr 7 (Projekty badawczo rozwojowe [...]), który jednakże ze względu na zastrzeżenie tajemnicą prawnie chronioną nie może podlegać szerszemu omówieniu.

Na potwierdzenie słuszności stawianego zarzutu odwołujący powołał dowody w postaci ulotki informacyjnej firmy Alstom wraz z wykazem posiadanych licencji, które to dowody potwierdzają jedynie bogate doświadczenie odwołującego i pozostają bez wpływu na ocenę zarzutu.

Na potwierdzenie stawianego zarzutu nie sposób się zgodzić ze stwierdzeniem odwołującego (pkt 14 pisma procesowego z dnia 15 października 2012 roku), cyt. „Zdaniem odwołującego, konsorcjum Rafako-PBG dysponuje prawdopodobnie (...)”. Wskazać należy, że odwołujący na potwierdzenie stawianych zarzutów zobligowany jest do przedstawiania dowodów na okoliczność wywodzonych skutków prawnych, a nie przedstawiać prawdopodobieństwo zdarzeń, które są jedynie swobodną oceną odwołującego.

W ocenie Izby z dowodu Nr 9 zgłoszonego przez przystępującego, tj. pisma z dnia 15 października 2012 roku wystawionego przez PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów zatytułowanego „Potwierdzenie wykonania” wynika, że wystawcę pisma wiązała umowa z Fabryką Kotłów Rafako S.A., której przedmiotem było wykonanie kompleksowej modernizacji instalacji odsiarczania spalin na blokach nr 8, 10, 11, 12 w BOT Elektrowni Bełchatów S.A. W treści samego pisma potwierdzony został zakres prac objętych przedmiotową inwestycją, w skład których wchodziło: kompleksowe zaprojektowanie, kompleksową dostawę urządzeń i wyposażenia oraz wykonanie modernizacji instalacji odsiarczania spalin na blokach 8, 10, 11, 12, w oparciu o technologię mokrą (wapienno-gipsową) wraz z fundamentami, obiektami towarzyszącymi i wymaganymi przeróbkami istniejących układów technologicznych, rozruch, ruch próbny, przeprowadzenie wszystkich prób sprawdzających prawidłowość pracy zmodernizowanych IOS, przeprowadzenie z wynikiem pozytywnym pomiarów gwarancyjnych oraz przekazanie IOS do eksploatacji. W dalszej części dokumentu „Potwierdzenie wykonania” doprecyzowano wykonywane czynności, jak i potwierdzono prawidłowość wykonania inwestycji.

Dowód zgłoszony przez odwołującego w postaci ulotki informacyjnej BOT Elektrownia Bełchatów S.A., w szczególności fragment, iż „W latach 1994-1996 holenderska firma HTS (...) wybudowała pierwsze cztery instalacje odsiarczania spalin – na blokach nr 8, 10, 11, 12, pracujące w technologii mokrej wapienno-gipsowej (...)”, świadczy jedynie o fakcie tam przedstawionym. Z całą pewnością nie potwierdza zarzutu niezgodności treści oferty przystępującego Rafako-PBG ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Ponadto przystępujący Rafako-PBG przedłożył szereg dokumentów (w poczet materiału dowodowego), w tym: wykaz artykułów i referatów Rafako S.A. zawierające opisy całości lub części technologii odsiarczania spalin wg. metody mokrej wapienno-gipsowej (dowód Nr 3), wniosek o otwarciu projektu wewnętrznego (dowód Nr 4), oświadczenie Rafako (dowód Nr 5), pismo z Politechniki Wrocławskiej (dowód Nr 6), które jednakże ze względu na swój ogólnikowy charakter stanowią jedynie materiał poglądowy, bez walurowości dowodu w sprawie.

Również dokumenty złożone przez przystępującego Rafako-PBG w poczet materiału dowodowego Nr 11, 12, 13 nie mogą stanowić dowodu w sprawie, bowiem są to bądź materiały przygotowane na konferencję w 2007 r. oraz w 2008 r., bądź wyciąg z załącznika Nr 1 do umowy zawartej pomiędzy BOT Elektrownią Bełchatów S.A. a Fabryką Kotłów Rafako S.A., które jednak nie potwierdzają okoliczności na rzecz których zostały złożone.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty konsorcjum Rafako-PBG, a co za tym idzie jest uprawniony do wyboru oferty

konsorcjum Rafako-PBG, choć wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, poprzez twierdzenie, że jest w stanie zaoferować gwarantowane wartości na określonym poziomie, choć są one nierealne, które to informacje mają wpływ na wynik postępowania, Izba uznała za bezzasadny.

Wymagane w postępowaniu wielkości czterech parametrów gwarantowanych, tj. zużycia mączki kamienia wapiennego, wody procesowej (pobranej bezpowrotnie), energii elektrycznej przez wentylatory wspomagające, energii elektrycznej ogólnej, wpływają na ostateczną ocenę oferty. Im mniejsze zużycie ww. mediów tym wyższą pozycję rankingową uzyskała dana oferta.

Zarzut powyższy odwołujący formułuje w oparciu o założenie, że przystępujący Rafako-PBG nie dysponuje własną technologią odsiarczania spalin metodą moką według technologii wapienno-gipsowej. Zarzut powyższy jest bezzasadny, gdyż jak to już wywiedziono przystępujący Rafako-PBG złożył ofertę zgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym legitymuje się stosowną, własną technologią. Nadto wskazać należy, że prezentacja przedstawiona przez odwołującego w odwołaniu, jest prezentacją własną nie popartą żadnymi dowodami. Ponadto symulacja poczyniona przez odwołującego oparta jest o parametry osiągnięte przez system, z którego wcześniej korzystał przystępujący Rafako-PBG, opartej na licencji firmy FISIA, która wygasła w 2009 roku. Nie odnosi się zaś do obecnie oferowanego, innowacyjnego systemu, opracowanego samodzielnie przez przystępującego Rafako-PBG.

Odnosnie zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty konsorcjum Rafako-PBG, a co za tym idzie jest uprawniony do wyboru oferty konsorcjum Rafako-PBG, choć oferta ta zawiera cenę rażąco niską, Izba uznała za przedwczesny.

Wskazać bowiem należy, że zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zamawiający zobligowany jest do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień. Dopiero treść złożonych wyjaśnień może powodować zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie kierował wniosku do przystępującego Rafako-PBG o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, stąd brak jest możliwości zastosowania omawianego przepisu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty konsorcjum Rafako-PBG, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do ustalenia, czy oferta

zawiera cenę rażąco niską, choć cena ofertowa konsorcjum Rafako-PBG budzi wątpliwości co do jej realności, Izba uznała za bezzasadny.

Zdaniem Izby zamawiający nie miał podstaw, aby powziąć wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny zaoferowanej przez przystępującego Rafako-PBG. Skoro Zamawiający nie miał takich wątpliwości, nie miał też obowiązku wszczynania procedury wynikającej z przepisu art. 90 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę, że kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 854.707.228 zł brutto, a cena oferty przystępującego wynosi: 954.838.648 zł, cena przystępującego jest ceną najbardziej zbliżoną do wartości jaką zamawiający przewidział na realizację zamówienia. Sugestie odwołującego, jakoby zamawiającemu, spółkom tworzącym grupę EDF — niewątpliwie jednego z liderów w sektorze energetycznym — brakowało „bardzo szczegółowej wiedzy fachowej” nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom złożonym przez przystępującego Rafako-PBG, popartą wyliczeniami (dowód Nr 1), co przy braku jakiegokolwiek dowodu ze strony odwołującego stanowi podstawę do oddalenia stawianego zarzutu.

W konsekwencji nie uwzględnienia żadnego ze stawianych zarzutów odwołania, stwierdzić należało, że zamawiający nie naruszył również przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Dlatego też orzeczono, jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....