

Sygn. akt: KIO 711/12

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Ewa Rzońca

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 24 kwietnia 2012 r. oraz 25 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 kwietnia 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PBG S.A. w Wysogotowie, PBG Energia sp. z o.o. w Wysogotowie, Constructions Industrielles de la Mediterranee S.A. – CNIM w Paryżu, Control Process S.A. w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Krakowski Holding Komunalny S.A. w Krakowie**

przy udziale uczestników postępowania:

1. **Posco Engineering & Construction Co., Ltd. w Goedong – dong, Nam-gu, Pohang, Gyeongsangbuk** – do, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

2. **Mostostalu Warszawa S.A. w Warszawie**, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie oraz ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie,
2. kosztami postępowania obciąża **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PBG S.A. w Wysogotowie, PBG Energia sp. z o.o. w Wysogotowie, Constructions Industrielles de la Mediterranee S.A. – CNIM w Paryżu, Control Process S.A. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Mostostalu Warszawa S.A. w Warszawie** na rzecz:
 - 2.2.1. **Krakowskiego Holding Komunalnego S.A. w Krakowie** kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2.2. **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PBG S.A. w Wysogotowie, PBG Energia sp. z o.o. w Wysogotowie, Constructions Industrielles de la Mediterranee S.A. – CNIM w Paryżu, Control Process S.A. w Krakowie** kwotę 23 600 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego

poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Krakowski Holding Komunalny S.A. w Krakowie (dalej: „zamawiający”) prowadzi - na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – przetarg ograniczony w celu zawarcia umowy (kontrakt 1) na budowę zakładu termicznego przekształcania odpadów (dalej: „ZTPO” lub „zakład”).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 3 maja 2011 r. pod numerem 2011/S 85-139127.

Informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. (dalej: „Mostostal”) oraz o tym, że żadna z czterech złożonych ofert nie została odrzucona i żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania, zamawiający przekazał wykonawcom faksem 2 kwietnia 2012 r. Odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Prezes Izby”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie PBG S.A., PBG Energia sp. z o.o., Constructions Industrielles de la Mediterranee S.A. - CNIM, Control Process S.A. (dalej: „odwołujący”) wnieśli 11 kwietnia 2012 r. (kopię odwołania przekazano zamawiającemu 11 kwietnia 2012 r. faksem).

Odwołujący zakwestionował czynności zamawiającego podjęte w toku postępowania, tj.:

1. ocenę oferty złożonej przez Mostostal,
2. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mostostal,
3. zaniechanie wykluczenia Mostostalu,
4. zaniechanie odrzucenia oferty Mostostalu,
5. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Uwzględniając powyższe odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty Mostostalu pomimo, iż złożona przez niego oferta jest niezgodna z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”),
2. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez doprowadzenie do niedozwolonej zmiany oferty Mostostalu w trybie wyjaśnień treści złożonej oferty,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Mostostalu z postępowania pomimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostalu mimo, że została ona złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostalu mimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,
6. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty wniesiono o:

1. unieważnienia oceny oferty złożonej przez Mostostal oraz czynności wyboru jego oferty,
2. dokonania ponownej oceny oferty złożonej przez Mostostal i w jej wyniku:
 - a) wykluczenia Mostostalu z postępowania,
 - b) odrzucenia oferty złożonej przez Mostostal,
 - c) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,
3. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa o specjalności związanej z eksploatacją termicznego przekształcania odpadów na okoliczność wykazania, iż zarzuty dotyczące zaniżenia kosztów eksploatacyjnych podniesione w odwołaniu są zasadne, a także dla weryfikacji prawidłowości przedstawionych w odwołaniu wyliczeń, gdyż prawidłowe rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie wymaga wiadomości specjalnych,
4. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości, w tym kosztami poniesionymi przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów zostało wskazane:

A.

Zgodnie z wymaganiami siwz wykonawcy zobowiązani byli podać w załączniku do oferty w części 2 wykazu parametrów ocenianych wskaźnik kosztów eksploatacyjnych przedmiotu zamówienia obliczany na podstawie podanych przez wykonawców wartości w poszczególnych punktach gwarancyjnych K=1, K=2, K=3, K=4. Jednym z takich punktów była ilość zużycia wody sieciowej na potrzeby pracy linii (poz. 3 tabeli 1 załącznika 2 do siwz). Odwołujący argumentował, że podana przez wykonawców wartość zużycia wody sieciowej winna uwzględniać zarówno potrzeby technologiczne pracy linii, jak również uzupełnianie ubytków wody w sieci ciepłowniczej. Punktem, w którym należy uwzględnić zapotrzebowanie na wodę dla celów ciepłowniczych, jest punkt gwarancyjny K3, ponieważ tylko w tym punkcie zgodnie z tabelą nr 1 załącznika 12 do programu funkcjonalno – użytkowego - wymagania dotyczące parametrów gwarantowanych - upust ciepłowniczy jest otwarty. Mostostal wskazał w tej pozycji, w punkcie gwarancyjnym K=3, wartość liczbową równą 0,125 m³ wody/Mg odpadów. W ocenie odwołującego wartość ta jest zaniżona, nie uwzględniająca ilości wody sieciowej potrzebnej na uzupełnianie ubytków wody w sieci ciepłowniczej. Zgodnie z wymaganiami programu funkcjonalno – użytkowego (dalej: „PFU”) (k.57, tom I PFU) stacja wody zdeminielizowanej winna zapewnić uzupełnienie ubytków wody sieciowej (sieć ciepłownicza) w ilości co najmniej 2% strumienia masowego czynnika grzewczego przesyłanego z ZTPO do miejskiej sieci ciepłowniczej. Jakość tej wody ma odpowiadać wymogom normy PN 85/C-04601 „Woda do celów energetycznych. Wymagania i badania jakości wody dla kotłów wodnych i zamkniętych obiegów ciepłowniczych”. Zdeminielizowana woda uzupełniająca (dodatkowa) do głównego obiegu wodno-parowego kotła musi spełniać wymagania jakościowe nie gorsze niż woda zasilająca zdeminielizowana przywołana w tabeli 5.1. normy PN-EN 12952-12 (punkt 5 z PFU tom I, k.57). Ilość czynnika grzewczego wymagającego uzupełniania podana jest w załączniku 7.3. do PFU: „Warunki podłączenia sieci ciepłych” i jest określona następująco:

$Q_{\text{lato}}=1700 \text{ T/h}$ (2% to 34 T/h) oraz $Q_{\text{zima}}=500 \text{ T/h}$ (2% to 10 T/h).

Przyjmując wagę 1 m³ wody równą 1 tonie odpowiada to zapotrzebowaniu na dodatkową wodę w odniesieniu do tony spalonych odpadów w ilościach: $34/28,2 \text{ [m}^3/\text{h: Mg/h]} = 1/21 \text{ m}^3$ wody/Mg odpadów latem oraz: $10/28,2 \text{ [m}^3/\text{h: Mg/h]} = 0,35 \text{ m}^3$ wody/Mg odpadów zimą. Zatem minimalna ilość wody sieciowej potrzebnej do uzupełnienia ubytków to: 0,35 m³ wody/Mg odpadów. Jednakże w opinii odwołującego trzeba wziąć pod uwagę, że prawdziwa wartość będzie wyższa, ponieważ będzie wypadkową pomiędzy 0,35 i 1,21 (28,2 Mg/h to nominalna wydajność przekształconych odpadów komunalnych w ZTPO Kraków – k. 8 PFU). Rzeczywista ilość wody, którą wskutek naturalnych ubytków trzeba będzie uzupełniać do sieci, będzie więc na pewno większa niż 0,35 m³ wody/Mg odpadów. Wartość podana przez Mostostal (0,125 m³ wody/Mg odpadów) nie wystarcza nawet na uzupełnienie ubytków wody sieciowej w sieci ciepłowniczej, a co dopiero na dodatkowe pokrycie potrzeb

technologicznych samej instalacji, co jest niezgodne z wymaganiami PFU określonymi w punkcie 8.7.1.4. pkt 4, tom I, zgodnie z którym „Ubytki wody w procesie muszą być minimalizowane oraz uzupełniane ze stacji demineralizacji lub zbiornika wody surowej kierowanej dalej do uzdatnienia”. W konsekwencji odwołujący stwierdził, że Mostostal nie uwzględnił w ofercie wymaganego minimalnego zużycia wody sieciowej, zatem jego oferta, jako niezgodna z siwz, winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

B.

W tabeli 4 w kolumnie 6 - wskaźnik cząstkowy kosztów eksploatacji w poz. 1 „koszt jednostkowy energii elektrycznej na potrzeby własne”, oferenci zobowiązani byli podać wielkość zużycia energii elektrycznej przez urządzenia tego węzła w odniesieniu na tonę powstałych popiołów. Dodatkowo zamawiający w PFU wymagał, aby węzeł stabilizowania i zestalania popiołów kotłowych i lotnych oraz stałych pozostałości z oczyszczania spalin pracował 8 godzin na dobę, 5 dni w tygodniu (informacja z PFU, k.19). Przy takim reżimie pracy węzeł ten rocznie będzie pracował 2086 h/rok (52,14 tydz/rok x 8h/dobę x 5d/tydz). Mostostal, podobnie jak odwołujący, wskazał pośrednio w swojej ofercie (poprzez zastosowanie addytywu Trace Lock), że będzie wykorzystywał w węźle zestalania i stabilizacji technologię firmy Geodur Recycling AG (dalej: „Geodur”). W załączniku swojej oferty (k.11, tabela 4, pozycja 1, kolumna 6) Mostostal zagwarantował, że zużycie energii elektrycznej na potrzeby węzła stabilizowania i zestalania wynosi 0,00555 MWh/Mg popiołów. Uwzględniając parametry przedstawione w ofercie Mostostalu (współczynnik zwiększający masy po zestaleniu oraz ilości ustabilizowanych pyłów kotłowych, lotnych i stałych z oczyszczania spalin po zestaleniu) i przyjmując wagę punktów gwarancyjnych od K1 do K4 zgodnie z wagą podaną w tabeli 1 załącznika do oferty czyli K1 - 10%, K2 - 10%, K3 - 70%, K4 -10%, zdaniem odwołującego, ilość popiołów wytworzonych przez Mostostal wynosić będzie 9 745 Mg popiołów/rok. Wg gwarancji Mostostalu i ilości powstałych popiołów, urządzenia węzła stabilizowania i zestalania zużywać będą: 0,0055 MWh/Mg popiołów, co daje rocznie 54,08 MWh (0,00555 MWh/Mg popiołów x 9 745 Mg popiołów). Zgodnie z informacją podaną przez Geodur, moc urządzeń w tym węźle wynosi ok. 98 kW, czyli zużycie energii w ciągu roku pracy będzie wynosić 204,43 MWh (98 kW x 2086h = 204,43MWh). Tym samym Mostostal ok. czterokrotnie zaniżył moc pobieraną przez urządzenia, zaniżając przy tym koszty eksploatacyjne tego węzła, co oznacza, że Mostostal, podając nieprawdziwe informacje, otrzymał większą ilość punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym kosztów eksploatacji. Powyższe miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania i wybór oferty tego wykonawcy.

C.

Odwołujący wskazał, iż Mostostal w swej ofercie w tabeli 4, poz. 7 tabeli (str. 11 oferty Mostostal), wskazał nieprawdziwe dane dotyczące ilości przewidywanego zużycia addytywu do stabilizowania pyłów kotłowych i stałych pozostałości z oczyszczania spalin, tj. substancji Trace Lock, co zaniżyło rzeczywistą wartość kosztów eksploatacyjnych przedmiotu zamówienia stanowiących jedno z kryterium oceny ofert. Podany w tabeli współczynnik zużycia Trace Lock wynoszący zaledwie 0,4 kg/Mg popiołów jest bowiem niemożliwy do osiągnięcia z uwagi na wymaganą ilość tego środka przewidzianą przez jego producenta Geodur oraz ilość powstałych popiołów do stabilizacji. Stosownie bowiem do treści PFU (k. 56) celem stabilizowania i zestalania odpadów procesowych jest uzyskanie odpadu będącego odpadem innym niż niebezpieczny o kodzie 19 03 05, który będzie mógł być składowany na składowisku odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne. Jednocześnie ustabilizowane i zestalone odpady procesowe będą podlegały badaniom na wymywalność metali ciężkich zgodnie z załącznikiem nr 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 7 września 2005 r. w sprawie kryteriów oraz procedur dopuszczania odpadów do składowania na składowisku odpadów danego typu (Dz.U. z 2005 Nr 186, poz.1553 ze zm.).” Zdaniem odwołującego ilość substancji Trace Lock, jaką przewiduje do zużycia Mostostal, nie wystarczy na stabilizację wszystkich pyłów kotłowych i stałych pozostałości z oczyszczania spalin, zgodnie z odnośnymi postanowieniami siwz. Odwołujący zwrócił uwagę, że także w swojej ofercie przewidział użycie środka Trace Lock. Zgodnie z jego szczegółowymi wyliczeniami, uwzględnivszy wymogi siwz oraz parametry gwarantowane przez producenta Trace Lock (które w przypadku ofert Mostostalu jak i odwołującego są identyczne) współczynnik zużycia Trace Lock dla zakładu ma wartość wynoszącą 0,73/ kg/Mg popiołów, tj. wartość blisko dwukrotnie większą. Odwołujący podkreślił, że stosownie do treści pkt. 11.2. siwz koszty eksploatacji stanowią kryterium oceny ofert o wadze wynoszącej 35%. Co za tym idzie, zaniżenie współczynnika zużycia substancji Trace Lock przez Mostostal należy uznać za celowe i zmierzające do pozyskania większej ilości punktów w przedmiotowym kryterium. Tym samym podanie przez Mostostal nieprawdziwych informacji w powyższym zakresie miało wpływ na wynik postępowania, wykonawca ten winien ulec wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

D.

Odwołujący podniósł, iż Mostostal nie uwzględnił w kosztach eksploatacji węzła zestalania i stabilizacji kosztów licencji za użytkowanie technologii firmy Geodur, opatentowanej w Europie pod numerem EP 1200 158 B1, a w Polsce pod numerem 192267. Mostostal w swojej ofercie w tabeli 4 (k. 11 oferty) podał, że będzie używać addytywu do stabilizowania Trace Lock, co zakłada konieczność stosowania opatentowanej technologii stabilizowania i zestalania pyłów firmy Geodur. Korzystanie z tej opatentowanej technologii

wymusza uiszczanie miesięcznych opłat licencyjnych stanowiących istotną część stałych kosztów eksploatacyjnych. Zdaniem odwołującego koszty z tytułu zawarcia umowy licencyjnej należą do kategorii kosztów eksploatacyjnych: są uiszczane cyklicznie i mają bezpośredni związek z prawidłową eksploatacją zakładu w całym okresie jego funkcjonowania. Zgodnie z wiedzą odwołującego, który również zaoferował zamawiającemu technologię z wykorzystaniem tego produktu, miesięczne koszty takiej licencji to 8000 euro. Nie wskazanie tych kosztów przez Mostostal w tabeli 4 miało na celu obniżenie łącznej sumy kosztów eksploatacyjnych, które stanowiły istotne kryterium oceny ofert. Powyższe działanie wzbudziło wątpliwości zamawiającego, który pismem z 9 marca 2012 r. wezwał Mostostal do wyjaśnienia, gdzie zostały ujęte koszty wynikające z korzystania z licencji. W odpowiedzi z 19 marca 2012 r. Mostostal wyjaśnił, że koszty te ujął w wykazie cen. Powyższe oznacza, iż Mostostal przyznał, iż koszty te są niezbędne i będą ponoszone oraz przyznał, iż w sposób świadomy nie wskazał tych kosztów w tabeli 4, wskazując, że zostały one ujęte w kosztach inwestycji, a więc de facto w cenie kontraktowej. Brak zawarcia tych kosztów w przedmiotowej tabeli świadczy o pierwotnym zamierzeniu obniżenia kosztów eksploatacyjnych i pozyskaniu dodatkowej punktacji w tym kryterium przez Mostostal. Dopiero w sytuacji, w której zamawiający, w trakcie oceny ofert, dokonując porównania oferty Mostostalu i odwołującego, doszedł do wniosku, iż pomimo zastosowania przez obu wykonawców tej samej technologii oferta Mostostal nie obejmuje kosztów licencji i zwrócił się do niego ze stosownym zapytaniem, Mostostal - chcąc uniknąć zarzutu sporządzenia oferty niezgodnie z treścią siwz poprzez nieuwzględnienie wszystkich kosztów eksploatacyjnych - wyjaśnił, że koszty licencji zostały ujęte w kosztach inwestycyjnych, co powoduje, że zostaną one poniesione przez Mostostal i uwzględnione w cenie kontraktowej. Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia złożone przez Mostostal nie powinny zostać przez zamawiającego uwzględnione. Oczywistym jest bowiem, iż skoro koszty dotyczące licencji nie zostały wprost wskazane w kosztach eksploatacyjnych, to zostały przez wykonawcę w ogóle pominięte. Wykaz cen, w których rzekomo ujął je Mostostal, miał przecież dotyczyć wyłącznie kosztów związanych z zaprojektowaniem i wybudowaniem zakładu, a nie kosztów wynikających z eksploatacji. Co więcej z informacji posiadanych przez odwołującego, uzyskanych bezpośrednio od dostawcy technologii zestalania - Geodur, wynika że licencja na korzystanie ze środka Trace Lock udzielana jest jedynie na rzecz odbiorcy produktu (w domyśle operatora instalacji) i nie może być zakupiona przez jej wykonawcę (w tym przypadku Mostostal). Zdaniem odwołującego powołane okoliczności jeszcze bardziej dobitnie wskazują na brak możliwości poniesienia kosztów licencji przez Mostostal, a co za tym idzie o niemożliwość ujęcia jej w cenie kontraktu. Zestawienie powyższych okoliczności powoduje, że działanie Mostostal polegające na złożeniu wyjaśnień, które są w sposób obiektywny niezgodne ze stanem faktycznym (brak możliwości ujęcia kosztów licencji w

cenie kontraktu i konieczność ich ponoszenia comiesięcznie przez zamawiającego), należy zakwalifikować jako spełniające dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, tj. polegające na podaniu nieprawdziwych informacji mogących mieć lub mających wpływ na wynik postępowania. Brak zaś w ofercie wskazania wszystkich rzeczywistych kosztów eksploatacji winien skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W żadnym wypadku zamawiający nie ma prawa do umożliwienia wykonawcom uzupełnienia i modyfikowania złożonych ofert poprzez składanie dodatkowych oświadczeń w trybie wyjaśnień, skoro z dokumentów dołączonych do oferty (wykazu dotyczącego kosztów eksploatacyjnych) jasno wynika, jakie koszty eksploatacyjne Mostostal uwzględnił. Takie działanie narusza art. 87 ust. 1 Pzp, który jasno wskazuje, iż wyjaśnienia treści oferty nie mogą zmierzać do jej zmiany.

W ramach szczegółowego uzasadnienia zarzutów przedstawionego powyższej w pkt. A – D zostało wskazane, że Mostostal w swojej ofercie w ramach kryterium kosztów eksploatacyjnych, pomimo posiadania stosownej wiedzy, podał nieprawdziwe informacje skutkujące zaniżeniem tych kosztów. Skutkiem zamierzonego działania było zwiększenie uzyskanych punktów w tym kryterium oceny ofert. Powyższe przyczyniło się do uznania przez zamawiającego oferty Mostostalu za najkorzystniejszą wśród ofert złożonych w postępowaniu. W tym kontekście działanie takie należy uznać nie tylko za działania spełniające dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, skutkujące koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy, lecz także jako noszące znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Niewątpliwym jest bowiem w ocenie odwołującego, że oferenci zobligowani są do przedstawiania zamawiającemu rzeczywistych kosztów eksploatacji, wyliczonych na bazie dostępnych danych, w tym wynikających bezpośrednio z warunków postawionych w siwz dotyczących funkcjonowania zakładu, a także przyjętych przez siebie indywidualnych rozwiązań. Prawdziwość i rzetelność przedstawianych przez oferentów danych w tym zakresie jest niezwykle istotna przede wszystkim z uwagi na fakt, iż dane te są oceniane przez zamawiającego jako kryteria oceny ofert. Odwołujący podniósł, iż stosownie do treści art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, dalej: u.n.k.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. U.n.k. nie zawiera zamkniętego katalogu czynów nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji każde zachowanie, mogące zostać ocenione jako nieuczciwe, sprzeczne z normą prawną lub normą obyczajową oraz skierowane przeciwko interesom innych przedsiębiorców lub klientów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W przedmiotowej sprawie podanie przez Mostostal informacji nieprawdziwych, w celu osiągnięcia wyższej punktacji w kryterium oceny ofert dotyczącym kosztów eksploatacji, było z jednej strony

działaniem sprzecznym z prawem oraz dobrymi obyczajami, a z drugiej działaniem zagrażającym interesom innych oferentów w przedmiotowym postępowaniu, w tym interesom odwołującego, którzy stanowili bezpośrednią konkurencję Mostostal w niniejszym postępowaniu. Nadto, działanie to godziło również w interesy zamawiającego, wprowadzając go w błąd w zakresie rzeczywistych kosztów eksploatacji zakładu. Jednocześnie waga informacji podawanych jako kryteria oceny ofert, od których zależy ilość przyznanych punktów i szansa na pozyskanie zamówienia, jest tak istotna, iż nie można w tym wypadku mówić o przypadkowym i nie intencjonalnym podaniu takich danych. W konsekwencji oferta Mostostalu winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Niezależnie od powyższego, podanie przez Mostostal informacji niezgodnych z prawdą miało realny wpływ na wynik postępowania. Poprzez celowe zaniżenie kosztów eksploatacji doszło do zwiększenia wyniku punktowego w tym kryterium oceny ofert. To z kolei bezpośrednio przyczyniło się do uzyskania przez Mostostal najwyższej pozycji punktowej i uznania oferty Mostostal za ofertę najkorzystniejszą. W ocenie odwołującego działanie Mostostal w tym zakresie było zamierzone i intencjonalne. Oczywistym jest bowiem, iż do wskazania w ofercie danych stanowiących kryteria oceny ofert wykonawcy przykładają znaczną wagę. Nie sposób zatem uznać, by wskazanie w ofercie określonych wskaźników kosztów eksploatacyjnych mogło nastąpić przez omyłkę. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z jednolitym poglądem Krajowej Izby Odwoławczej w tym względzie, podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania nie musi cechować umyślność, gdyż nie wynika to wprost z normy art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ustawa nie przewiduje bowiem, iż podanie informacji niezgodnych z prawdą musi być świadome i zamierzone, wskazuje jedynie, iż istotny jest sam fakt ich złożenia. Mostostal jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku zamówień z zakresu energetyki, w tym także budowy spalarni. Dodatkowo w ramach postępowania i w zakresie tworzenia oferty występował we współpracy z Hitachi Zosen Inova AG, a więc doświadczonym dostawcą technologii spalania odpadów komunalnych na terenie Europy. Zatem wszelkie wskazane w ofercie przez tego wykonawcę dane, w tym parametry gwarancyjne kosztów eksploatacji, powinny zostać podane w sposób rzetelny i odpowiadający rzeczywistości, co jednak jak zostało wskazane nie miało miejsca. Najbardziej jaskrawym przykładem podania informacji niezgodnych z rzeczywistością, a co za tym idzie informacji nieprawdziwych w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest – w opinii odwołującego - zaniżenie ilości przewidywanego zużycia addytywu do stabilizowania pyłów kotłowych i stałych pozostałości z oczyszczania spalin (Trace Lock) poniżej wartości wskazywanych przez jego producenta firmę Geodur jako minimalne oraz odpowiedź Mostostal na wątpliwości zamawiającego, odnoszące się do konieczności posiadania licencji na użytkowanie substancji Trace Lock, której udzielenie polegało na

podaniu informacji nieprawdziwej o ujęciu tych kosztów w cenie kontraktowej, a więc de facto poniesieniu ich przez Mostostal, co jest niemożliwe mając na uwadze brzmienie umowy licencyjnej, a co miało uchronić Mostostal przed zakwalifikowaniem jego oferty jako niezgodnej z siwz poprzez brak kompleksowego uwzględnienia w ofercie kosztów eksploatacji instalacji. Tym samym Mostostal winien ulec wykluczeniu z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jego oferta winna ulec odrzuceniu na mocy art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp.

W ocenie odwołującego zamawiający bezrefleksyjnie odniósł się do danych dotyczących kosztów eksploatacyjnych wskazanych w ofercie Mostostal. Oferent ten został, co prawda, wezwany do wyjaśnienia z jakich powodów, pomimo zastosowania tych samych rozwiązań technologicznych, przedstawił w ofercie zdecydowanie niższe od innych oferentów koszty eksploatacji zakładu, jednak pisemne stanowisko Mostostal (datowane na 19 marca 2012 r.) nie powinno być dla zamawiającego wystarczające. Zamawiający uznał bowiem za dopuszczalne przedstawienie w ofercie Mostostal niepełnego zestawienia kosztów eksploatacyjnych. W rezultacie oferty odwołującego oraz oferta Mostostal, wskazujące na tę samą technologię stabilizowania odpadów i tę samą substancję Trace Lock, zostały odmiennie ocenione w zakresie kryterium kosztów eksploatacji. Działanie takie ma charakter dyskryminacyjny i jest sprzeczny z normą art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Zamawiający 12 kwietnia 2012 r. zawiadomił wykonawców o odwołaniu i wezwał do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazując kopię odwołania. Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie: po stronie zamawiającego 16 kwietnia 2012 r. - Mostostal, natomiast po stronie odwołującego 13 kwietnia 2012 r. - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A., Keppel Seghers Belgium N.V., Cespa Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. (dalej: „konsorcjum Budimex”) oraz 16 kwietnia 2012 r. Posco Engineering & Construction Co., Ltd. w Goedong – dong, Nam-gu, Pohang, Gyeongsangbuk – do (dalej: „Posco”).

Zamawiający, pismem z 23 kwietnia 2012 r., odpowiedział na odwołanie oświadczając, że uwzględnia je w całości ze względu na potwierdzenie się zarzutu wymienionego w pkt. 3 poniżej. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający, odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, podniósł, co następuje:

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostalu z powodu niezgodności treści jego oferty z treścią siwz, polegającej na nieskalkulowaniu w treści oferty Mostostal kosztów eksploatacji linii w zakresie zużycia wody sieciowej przeznaczonej do uzupełnienia ubytków wody w sieci ciepłowniczej.

Jednym z kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu było kryterium kosztów eksploatacji. Zamawiający wskazał przy tym cztery newralgiczne elementy i procesy zakładu, których koszty funkcjonowania podlegały ocenie: linie, rozruchy, węzeł waloryzacji żużla oraz węzeł stabilizowania i zestalania. Odwołujący zarzucił, iż wysokość zużycia wody w punkcie gwarancyjnym K3 wykazana w pozycji 1 tabeli 1 (koszty eksploatacji linii) części II załącznika do oferty w ofercie Mostostalu jest zbyt niska, by mogła uwzględniać konieczność uzupełnienia ubytków wody w sieci ciepłowniczej, z którą połączony będzie ZTPO - co skutkuje niezgodnością treści oferty z siwz. Zamawiający zwrócił uwagę, iż koszty wody wykorzystywanej do uzupełnienia wody sieciowej nie mogą być uznawane za koszty eksploatacji linii (ani żadnego z innych elementów ZTPO) biorąc pod uwagę definicję tego pojęcia zawartą w załączniku 12 PFU, a zatem wykonawcy nie musieli ich wykazywać w swojej ofercie. Choć definicje są definicjami ogólnymi i nie wyznaczają szczegółowych granic w zakresie tego, gdzie kończy się praca linii czy węzła, a gdzie zaczyna się praca poza linią czy węzłem, to definicja linii wymienia szczegółowo węzły, które należy zaliczyć w jej skład:

- „Linia - zespół urządzeń realizujący sekwencyjnie ciąg procesów technologicznych, niezbędnych dla termicznego przekształcania odpadów komunalnych, umożliwiającą spalanie odpadów oraz odzysk zawartej w nich energii, składający się z: Węzła Przyjęcia i Przygotowania Odpadów, Węzła Spalania i Odzysku Energii, Węzła Oczyszczania Spalin, Systemu sterowania i wizualizacji.” Tymczasem uzupełnianie wody w sieci ciepłowniczej nierozdzielnie związane jest z wprowadzeniem wody grzewczej do tej sieci i następuje w innym z węzłów ZTPO zdefiniowanych w PFU: węzle przetworzenia i wyprowadzenia energii, który obejmuje układ wyprowadzenia energii. Koszt, którego nieuwzględnienie w ofercie Mostostalu odwołujący zarzuca, powstaje zatem w jednej z licznych sfer eksploatacji zakładu, których koszty nie miały być uwzględniane w tabelach wskazanych w załączniku do oferty (wśród innych można wymienić np. koszty funkcjonowania budynku administracyjno-socjalnego, oczyszczalni ścieków, utrzymania terenu itp.). Ponadto z ostrożności zamawiający zauważył, iż zgodnie z przywołanym także przez odwołującego zapisem pkt 8.7.1. części A tomu I, podpunkt 6, „stacja wody zdemineralizowanej winna zapewnić uzupełnienie wody sieciowej (sieć ciepłownicza) w ilości co najmniej 2% masowego czynnika grzewczego przesyłanego z ZTPO do sieci ciepłowniczej”. Wskazana tam wielkość 2% strumienia ma być możliwa do zrealizowania, ale nie oznacza, że ZTPO będzie realizował takie uzupełnienie w sposób ciągły. Zdaniem zamawiającego oszacowanie rzeczywistego wskaźnika wielkości uzupełniania wody ciepłowniczej pokazałoby z pewnością, że średnia wartość będzie ułamkiem wartości 2% - przyjęcie w kosztach eksploatacji wartości 2% jako stałego zużycia wody sieciowej jest zatem nieuzasadnione, a obliczenia odwołującego - chybione.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Mostostalu z postępowania z powodu podania w ofercie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, w zakresie wielkości zużycia energii elektrycznej w kosztach eksploatacji węzła stabilizowania i zestalania, a co za tym idzie - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostalu jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Odwołujący zarzucił podanie przez Mostostal w jego ofercie nieprawdziwych informacji polegające na zaniżeniu kosztów zużycia energii elektrycznej w kosztach eksploatacji węzła stabilizowania i zestalania. Odwołujący swoją argumentację oparł na ilości godzin pracy tego węzła wynikającej z zakładanego czasu jego pracy wymaganej przez zamawiającego (pkt 5 części A tomu I PFU) oraz informacji na temat zużycia energii przez urządzenia w tego rodzaju węzle podanej mu przez Geodur. Zamawiający stwierdził, że nie wymagał podania przez wykonawców w swoich ofertach szczegółowych rozwiązań technologicznych ZTPO. Warunki w tym zakresie zawarł w PFU, nakładając na wykonawców obowiązek ich wypełnienia w przypadku wyboru ich oferty - sposób ich wypełnienia, w tym dobór niezbędnych urządzeń pozostawiając w dużej mierze wyborowi wykonawcy (zamówienie jest realizowane w trybie „zaprojektuj i wybuduj”). Nie sposób zatem zdaniem zamawiającego jednoznacznie stwierdzić, aby którykolwiek z wykonawców zaniżył zużycie energii, nie wiedząc, o jakiej mocy urządzenia będą wykorzystywane w pracy węzła stabilizowania i zestalania. W opisie przedmiotowej technologii zawartym w patencie (nr PL 192267) wskazano: „Do mieszania można stosować typowe urządzenia mieszające lub zmodyfikowane instalacje do mieszania. W przypadku zmodyfikowanych instalacji do mieszania, pobór energii, tj. mieszanie z większą prędkością, czas mieszania, fazy mieszania i kontrolę temperatury reakcji można zmieniać w znany sposób.” Oznacza to, że instalacja mieszająca może być w różny sposób realizowana, a pobór energii zależy od faktycznych rozwiązań technicznych, nie narzucanych z góry przez właściciela technologii. Stwierdzenie odwołującego, iż węzeł stabilizowania i zestalania będzie pracować 2086 godzin rocznie jest założeniem zawyżonym. Wielkość tę obliczono na podstawie wymagania określonego przez zamawiającego w PFU - nie będzie jednak sprzeczne z tym wymaganiem zapewnienie zamawiającemu takiego procesu stabilizowania i zestalania pyłów kotłowych i popiołów lotnych oraz stałych pozostałości z oczyszczania spalin, który pozwoli na uzyskanie parametrów wynikających z wymagań zawartych w PFU i złożonej ofercie przy pracy węzła przez krótszy czas. Nie uwzględnia także faktu, iż dyspozycyjność zakładu w ofercie Mostostalu wynosi 8100 godzin rocznie, tj. ok. 92,5% roku, a nie cały rok (a zatem maksymalny czas pracy węzła wynosiłby ok. 1930 h zamiast 2086 h, faktyczny może zaś być niższy). Także stwierdzenie odwołania o mocy urządzeń w tym węzle w wysokości ok. 98 kW

nie może być traktowane jako punkt odniesienia. Informacja ta pochodzi z pisma Geodur przedłożonego przez odwołującego zamawiającemu przy piśmie z 16 marca 2012 r. Należy jednak pamiętać, że pismo to stanowi ofertę wstępną skierowaną tylko i wyłącznie do odwołującego na podstawie rozmów prowadzonych między odwołującym a Geodur i dokumentów dostarczonych przez odwołującego (zakres tych ustaleń i stopień, w jakim precyzują one wymogi zawarte w PFU jest nieznany). Co więcej, w samej ofercie - co znamienne, określonej jako „wstępna” - Geodur podkreśla, iż oferta została sporządzona bez wiedzy na temat „faktycznego obciążenia ilością powstających odpadów”. Oparta została na doświadczeniach z innych projektów. Tym samym nie można jednoznacznie stwierdzić, aby Mostostal w swej ofercie zaniżył wartość zużywanej energii elektrycznej w węźle stabilizowania i zestalania. Tym bardziej nie można zdaniem zamawiającego twierdzić, iż podał nieprawdziwe informacje w tym zakresie.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Mostostalu z postępowania z powodu podania w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w zakresie wielkości zużycia substancji Trace Lock w kosztach eksploatacji węzła stabilizowania i zestalania, a co za tym idzie - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostalu jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Odwołujący zarzucił podanie przez Mostostal w jego ofercie nieprawdziwych informacji polegających na zaniżeniu ilości, a przez to kosztów addytywu do stabilizowania Trace Lock w kosztach eksploatacji węzła stabilizowania i zestalania. Odwołujący wskazał, że wartość ta powinna wynosić 0,7353 kg/Mg popiołów. Natomiast z oświadczenia Mostostalu złożonego w piśmie z 16 marca 2012 r. wynika, że wskazany w ofercie wskaźnik zużycia tej substancji 0,4 kg/Mg popiołów jest poprawny. Zamawiający, celem ustalenia, czy zarzut odwołującego jest słuszny, pozyskał opis patentowy nr 192267 odnoszący się do technologii Geodur pt. „Kompozycja do obróbki materiałów odpadowych, jej zastosowania oraz sposobu obróbki materiałów odpadowych” (Trace Lock) oraz informację od producenta substancji Trace Lock: Geodur - pismo z 19 kwietnia 2012 r. W powołanym opisie patentowym, w części „Opis wynalazku” wskazano: „Korzystnie dodaje się 0,5 do 1,5 kg kompozycji do obróbki materiałów odpadowych na tonę materiału odpadowego”, a dalej, w części „Zastrzeżenia patentowe”: „14. Sposób według zastrz. 12, znamieny tym, że dodaje się 0,5 do 1,5 kg kompozycji do obróbki materiałów odpadowych na tonę materiału odpadowego.” Z kolei w piśmie producenta wskazano: „Ilość koncentratu Geodur TraceLock wynosząca 0,4 kg na tonę materiału odpadowego, jest ilością niewystarczającą dla skutecznej - odpowiednio do norm wynikających z przepisów polskiego prawa - stabilizacji i

zestawienia pozostałości z oczyszczania spalin powstałych w procesie spalania odpadów komunalnych. Oczywistym jest, że ilość ta zależy od rzeczywistej zawartości substancji szkodliwych zawartych w materiale odpadowym. W związku z tym rzeczywiste zapotrzebowanie na koncentrat Geodur TraceLock jest zmienne w określonych granicach. Najczęściej zapotrzebowanie to wynosi od ok. 0,71 do ok. 1,43 kg koncentratu Geodur TraceLock na tonę materiału odpadowego”. Oznacza to zdaniem zamawiającego, że wartość wskazana w ofercie Mostostalu i potwierdzona oświadczeniem z 16 marca 2012 r. jest zbyt mała, aby dotrzymać norm wynikających z przepisów, do których odniesienie zamawiający zawarł w pkt. 8.6. części A tomu I PFU. Oferta Mostostal zatem winna podlegać odrzuceniu, zgodnie z żądaniem odwołującego, choć na innej podstawie prawnej - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty z siwz.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy poprzez niedozwoloną zmianę treści oferty Mostostalu poprzez przyjęcie wyjaśnienia, iż koszt licencji za użytkowanie technologii Geodur został skalkulowany w cenie oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty Mostostalu z powodu niezgodności treści jego oferty z treścią siwz polegającej na nieskalkulowaniu w treści oferty Mostostalu kosztów licencji za użytkowanie technologii Geoduru.

Mostostal w swojej ofercie w tabeli 4 części II załącznika do oferty obejmującej koszty eksploatacji w zakresie węzła stabilizowania i zestawienia wskazał zużycie substancji Trace Lock objętej wyżej już wzmiankowanym patentem nr 192267. Nie wskazał jednak kosztów wynikających z opłaty za licencję na korzystanie z tego rozwiązania. Zamawiający pismem z 9 marca 2012 r. zwrócił się do Mostostalu o wyjaśnienie tej kwestii, w odpowiedzi na co w piśmie z 16 marca 2012 r. Mostostal oświadczył, że opłaty licencyjne dla zaproponowanej technologii zostały ujęte w cenie ofertowej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu poprzez przyjęcie takich wyjaśnień dopuszczenie do niedozwolonej modyfikacji oferty Mostostal oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty z powodu niezgodności jej treści z siwz. Zamawiający stwierdził, że argumentacja odwołującego w tym zakresie jest chybiona. W szczególności zarzut zmiany oferty Mostostalu nie ma żadnych podstaw. Zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśnień oferty Mostostalu w zakresie opisanym w ustawie. Z wyjaśnień tych nie wynika chęć zmiany jakiegokolwiek elementu oferty. Mostostal wyjaśnił jedynie, iż koszty przyszłych licencji zostały ujęte w cenie ofertowej. Zamawiający, precyzując treść części III załącznika do oferty (wykazu cen) zdawał sobie sprawę, iż wykaz ten nie obejmuje wszelkich możliwych elementów ZTPO, zakazał jednak zmian w jego treści wykonawcom, a wszelkie dodatkowe koszty nakazał uwzględnić w pozycjach przez siebie wyspecyfikowanych. Oznacza to, iż wliczenie kosztów licencji ponoszonych z góry przez wykonawcę do ceny

ofertowej było możliwe - wbrew twierdzeniu odwołującego - analogicznie, jak np. licencji na oprogramowanie niezbędne do funkcjonowania ZTPO (np. do sterowania procesami) wprost wymienionych przez zamawiającego w wykazie cen. Nie ma podstaw także argument odwołującego, iż koszt licencji na technologię Geodur jest kosztem uiszczanym zawsze cyklicznie. Z informacji uzyskanych przez zamawiającego od Geoduru (pismo z 19 kwietnia 2012 r., wymienione w punkcie 3 powyżej) oraz od polskiego przedstawiciela Geoduru (pismo CDF - Technologie dla środowiska s.c. z 12 marca 2012 r.) wynika, iż chociaż najczęściej stosowany wariant przewiduje cykliczne, miesięczne płatności, „istnieje także możliwość wynegocjowania innych warunków opłaty licencyjnej, np. jednorazowa ryczałtowa opłata licencyjna na okres 10-letni”. Co więcej: „Umowa licencyjna może być zawarta na czas nieokreślony. (...) Ryczałtowa opłata za zakup licencji na czas nieokreślony, nie jest przez nas na razie przewidywana. Jednak także w takim przypadku jesteśmy w zasadzie gotowi dyskutować o takim modelu współpracy z klientem”. A zatem możliwe jest wykupienie przez Mostostal licencji na zastosowanie technologii Geodur i dostarczenie jej zamawiającemu razem z zakładem.

5. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostalu z powodu czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na przedstawieniu w ofercie niższych od rzeczywistych kosztów eksploatacji ZTPO) oraz art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy nie zasługuje w opinii zamawiającego na uwzględnienie, albowiem zaniżenie kosztów eksploatacji w przedmiotowym wypadku nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Nie sposób również przyjąć, aby zamawiający naruszył zasady opisane w art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż działał zgodnie z zasadą formalizmu, legalizmu, w oparciu o oświadczenia i dokumenty przedstawione przez wykonawcę, w zaufaniu do ich treści.

W toku posiedzenia zamawiający potwierdził, że uwzględnia odwołanie w całości, wobec czego Mostostal - działając na podstawie 186 ust. 4 i 5 Pzp - zgłosił sprzeciw.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Status uczestników postępowania uzyskali: Mostostal, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz Posco, który skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Konsorcjum Budimex nie uzyskało statusu uczestnika postępowania, gdyż nie przekazało kopii przystąpienia do postępowania odwoławczego odwołującemu (art. 185 ust. 2 zdanie ostatnie ustawy).

Odwołujący jest legitymowany do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Wobec wniesienia przez Mostostal sprzeciwu od uwzględnienia w całości zarzutów odwołania Izba zobowiązana była – stosownie do art. 186 ust. 4 Pzp – odwołanie rozpoznać.

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

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

Ad. A. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostalu jako niezgodnej z treścią siwz, gdyż Mostostal w kosztach eksploatacji linii w zakresie zużycia wody sieciowej nie uwzględnił wody przeznaczonej do uzupełnienia ubytków wody w sieci ciepłowniczej.

Zarzut nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż jednym z kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu było kryterium kosztów eksploatacji i produkcji o wadze 35% (pkt 11.2. siwz). W podkryterium zamawiający oceniał koszty eksploatacji – waga 45 punktów, a wśród nich:

- wskaźnik cząstkowy kosztów eksploatacji – linie, obliczony zgodnie z tabelą 1 wykazu parametrów ocenianych (część 2 załącznika do oferty);
- wskaźnik cząstkowy kosztów eksploatacji – rozruch zakładu, obliczony zgodnie z tabelą 2 wykazu parametrów ocenianych (część 2 załącznika do oferty);
- wskaźnik cząstkowy kosztów eksploatacji – węzeł waloryzacji żużla, obliczony zgodnie z tabelą 3 wykazu parametrów ocenianych (część 2 załącznika do oferty);

- wskaźnik cząstkowy kosztów eksploatacji – węzeł stabilizowania i zestalania, obliczony zgodnie z tabelą 4 wykazu parametrów ocenianych (część 2 załącznika do oferty) (pkt 11.2.2. a siwz).

Zamawiający sporządził wzór załącznika do oferty – część 2 – wykaz parametrów ocenianych. Wskazał w nim, że poszczególne wskaźniki należy wyliczyć zgodnie z załącznikiem 12 do PFU (wymagania dotyczące parametrów gwarantowanych oraz wykazu gwarancji). Tam, gdzie zamawiający podał w PFU wymagane parametry minimalne, a wykonawca zaoferuje lepsze od wymaganych, będą one obowiązujące w toku realizacji kontraktu. Niewypełnienie poszczególnych rubryk będzie oznaczać zaoferowanie parametru na poziomie minimalnym (o ile był wymagany w PFU). W spornym zakresie zamawiający nie określił wymagań minimalnych. Pod tabelą 1 zostało także stwierdzone, że w przypadku pozycji 11 - 13 tabeli lub konieczności stosowania innych mediów, reagentów, addytywów, materiałów lub dodatkowych kosztów związanych z pracą linii, wykonawca uzupełni tabelę dodając stosowną liczbę wierszy, wraz z podaniem nazw tych substancji, miar i cen jednostkowych netto (nie uwzględnia się kosztów osobowych). „(...) Niepodanie dodatkowych mediów, reagentów, addytywów, materiałów lub dodatkowych kosztów w stosunku do podanych przez zamawiającego w tabeli oznaczać będzie gwarantowanie zerowego zużycia tych dodatkowych mediów, reagentów, addytywów, materiałów lub dodatkowych kosztów (...)” W tabeli 1 dotyczącej wskaźników cząstkowych kosztów eksploatacji – linie należało podać w pozycji 3 zużycie wody sieciowej w punktach $K = 1$, $K=2$, $K=3$ oraz $K = 4$.

Zamawiający zdefiniował pojęcie kosztów eksploatacji, jako „wybrane składniki całkowitych kosztów eksploatacji Zakładu, uznane przez Zamawiającego jako najbardziej znaczące, mogące istotnie różnić się w poszczególnych Ofertach i warunkujące ekonomiczną eksploatację Zakładu. Miarą Kosztów Eksploatacji jest zdefiniowany przez Zamawiającego Gwarantowany Wskaźnik Kosztów, obliczony w oparciu o parametry określone przez Wykonawcę w Ofercie i ceny jednostkowe podane w PFU lub w Ofercie (o ile nie podano ich w PFU)” (definicje - załącznik 12 do PFU). W siwz zdefiniowano także pojęcie linii jako „zespołu urządzeń realizującego sekwencyjnie ciąg procesów technologicznych, niezbędnych dla termicznego przekształcania odpadów komunalnych, umożliwiającego spalanie odpadów oraz odzysk zawartej w nich energii, składającego się z: Węzła Przyjęcia i Przygotowania Odpadów, Węzła Spalania i Odzysku Energii, Węzła Oczyszczania Spalin, Systemu sterowania i wizualizacji” (definicje - załącznik 12 do PFU). W skład zakładu wchodzi m.in. „Węzeł Przyjęcia i Przygotowania Odpadów do procesów spalania – wspólny węzeł dla obydwu Linii Termicznego Przekształcania Odpadów; Węzeł Spalania Odpadów i Odzysku Energii oparty na palenisku rusztowym zintegrowanym z kotłem – każda Linia

Termicznego Przekształcania Odpadów posiada oddzielny Węzeł Spalania Odpadów i Odzysku Energii; Węzeł Przetworzenia i Wyprowadzenia Energii – wspólna dla obydwu Linii Termicznego Przekształcania Odpadów wyspa turbinowa wraz z wymiennikiem ciepłowniczym, układem kolektorowym odbioru pary oraz układem wyprowadzenia energii; Węzeł Oczyszczania Spalin, wraz z monitoringiem emisji i odprowadzeniem oczyszczonych gazów wylotowych - każda Linia Termicznego Przekształcania Odpadów posiada oddzielny Węzeł Oczyszczania Spalin (...)"(definicje - załącznik 12 do PFU). Zgodnie z wymaganiami PFU (k.57, tom I PFU, część A, pkt 8.7.1.6.) stacja wody zdemineralizowanej winna zapewnić uzupełnienie ubytków wody sieciowej (sieć ciepłownicza) w ilości co najmniej 2% strumienia masowego czynnika grzewczego przesyłanego z ZTPO do miejskiej sieci ciepłowniczej. Jakość tej wody ma odpowiadać wymogom normy PN 85/C-04601 „Woda do celów energetycznych. Wymagania i badania jakości wody dla kotłów wodnych i zamkniętych obiegów ciepłowniczych”. Zdemineralizowana woda uzupełniająca (dodatkowa) do głównego obiegu wodno-parowego kotła musi spełniać wymagania jakościowe nie gorsze niż woda zasilająca zdemineralizowana przywołana w tabeli 5.1. normy PN-EN 12952-12 (pkt 8.7.1.5. z PFU, część A, tom I, k.56). Jak stanowi punkt 8.7.1.4. PFU (część A, tom I) „Ubytki wody w procesie muszą być minimalizowane oraz uzupełniane ze stacji demineralizacji lub zbiornika wody surowej kierowanej dalej do uzdatnienia”.

Mostostal w pozycji 3 (woda sieciowa) tabeli 1 załącznika do oferty, część 2 – wykaz parametrów ocenianych (wskaźnik cząstkowy kosztów eksploatacji – linie) podał wartość w punkcie gwarancyjnym $K = 3$: 0,125 m³ wody/Mg odpadów (k. 7 oferty). Załącznik został wypełniony zgodnie ze wzorem zawartym w siwz.

Zarzut odwołującego sprowadza się do twierdzenia, że podana przez wykonawców wartość zużycia wody sieciowej powinna uwzględniać zarówno potrzeby technologiczne pracy linii, jak również uzupełnianie ubytków wody w sieci ciepłowniczej. W ocenie odwołującego wartość podana przez Mostostal (0,125 m³ wody/Mg odpadów) jest zaniżona, gdyż nie uwzględnia ilości wody sieciowej potrzebnej na uzupełnianie ubytków wody w sieci ciepłowniczej. Tym samym zaniżone zostały koszty eksploatacyjne, co jest niezgodne z wymaganiami PFU określonymi w punkcie 8.7.1.4. (tom I), i powinno skutkować odrzuceniem oferty Mostostalu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Kluczowe znaczenie dla oceny zasadności rozpoznawanego zarzutu odwołania przyznać należy - poza treścią oferty Mostostalu (tabela 1, pozycja 3, k. 7 oferty) - treści odnośnych postanowień siwz. Siwz jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony określa wymagania, które mają

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

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy zasadne jest podkreślenie, że wskazany przez odwołującego punkt 8.7.1.4. PFU (część A, tom I), z którym niezgodna miałaby być oferta Mostostalu, potwierdza wyłącznie – co wynika z jego literalnego brzmienia i co nie było sporne - że ubytki wody w procesie muszą być minimalizowane oraz uzupełniane ze stacji demineralizacji lub zbiornika wody surowej kierowanej dalej do uzdatnienia. Powoływane przez odwołującego postanowienia siwz, w tym pkt 8.7.1.4. (część A, tom I) w ogóle nie odnoszą się do tego, czy w kosztach eksploatacji linii należało uwzględnić koszt wody sieciowej potrzebnej na uzupełnianie ubytków wody w sieci ciepłowniczej. Jednocześnie, biorąc pod uwagę definicję linii zawartą w siwz (nie wymienia się w niej węzła przetworzenia i wyprowadzenia energii) nie sposób stwierdzić, aby koszty wody wykorzystywanej do uzupełnienia wody sieciowej, miały stanowić koszt eksploatacji linii. Tym samym wykonawcy nie musieli ich uwzględnić dla obliczenia wskaźnika

częstkowego kosztów eksploatacji – linii w pozycji 3 tabeli 1 załącznika do oferty, część 2 – wykaz parametrów ocenianych. Izba zgadza się z twierdzeniami zamawiającego zawartymi w odpowiedzi na odwołanie, że uzupełnianie wody w sieci ciepłowniczej nierozdzielnie związane jest z wprowadzeniem wody grzewczej do tej sieci i następuje w węźle przetworzenia i wyprowadzenia energii, który obejmuje układ wyprowadzenia energii. Koszt, którego nieuwzględnienie w ofercie Mostostalu odwołujący zarzuca, powstaje zatem w jednej z licznych sfer eksploatacji zakładu, których koszty nie miały być uwzględniane w tabelach wskazanych w załączniku do oferty. W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ad. B. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Mostostalu z postępowania z powodu podania w ofercie nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, w zakresie wielkości zużycia energii elektrycznej podanej w kosztach eksploatacji węzła stabilizowania i zestalania.

Zarzut nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia stanowi robota budowlana (w rozumieniu art. 2 pkt 8 ustawy) polegająca na zaprojektowaniu i wybudowaniu kompletnego ZTPO. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera PFU (załącznik 4 do siwz) (pkt 3 siwz). Analiza siwz wskazuje, że zamawiający nie wymagał podania przez wykonawców w swoich ofertach szczegółowych rozwiązań technologicznych ZTPO – wykonawcy zobowiązani byli wskazać na konkretne parametry wymienione w części 2 załącznika do oferty (wykaz parametrów nieuwzględnionych w kryteriach oceny ofert oraz wykaz parametrów ocenianych, w tym w tabeli 4 dotyczącej wskaźników częściowych kosztów eksploatacji – węzeł stabilizowania i zestalania w pozycji 1 – należało wskazać na koszt jednostkowy energii elektrycznej na potrzeby własne). Zamawiający w siwz stwierdził, że węzeł stabilizowania i zestalania popiołów kotłowych i lotnych oraz stałych pozostałości z oczyszczania spalin ma być zaprojektowany i zbudowany w sposób umożliwiający stabilizowanie i zestalanie odpadów tego rodzaju przy zakładanym cyklu pracy tego węzła: 8 godzin na dobę, 5 dni w tygodniu (tom I, pkt 5, część A, k.19). Zamawiający nie wymagał podania w ofercie mocy urządzeń, które będą wykorzystywane w pracy węzła stabilizowania i zestalania.

Mostostal w tabeli 4, pozycja 7 podał, że zastosuje w węźle zestalania i stabilizacji addytyw do stabilizowania Trace Lock, co wskazuje na wykorzystanie technologii firmy Geodur (okoliczności niesporne). Mostostal zagwarantował w ofercie, że zużycie energii elektrycznej

na potrzeby węzła stabilizowania i zestalania wynosi 0,00555 MWh/Mg popiołów (tabela 4, pozycja 7, k.11). Ilość popiołów, które będą wytwarzane przez ZTPO zaprojektowany i wybudowany przez Mostostal, wynosić będzie 9 745 Mg popiołów/rok (okoliczność niesporna). Zatem urządzenia węzła stabilizowania i zestalania zużywać będą: 0,0055 MWh/Mg popiołów, co daje rocznie 54,08 MWh (0,00555 MWh/Mg popiołów x 9 745 Mg popiołów).

Pismem z 9 marca 2012 r. zamawiający wezwał Mostostal do wyjaśnienia, czy wartość 0,00555 MWh/Mg popiołów została podana w ofercie prawidłowo (pytanie 4).

W odpowiedzi pismem z 16 marca 2012 r. Mostostal wyjaśnił, że podany w ofercie wskaźnik zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne węzła stabilizowania i zestalania jest poprawny.

Uwzględniając powyższe zdaniem Izby nie zostało udowodnione, aby podane przez Mostostal gwarantowane zużycie energii elektrycznej na potrzeby węzła stabilizowania i zestalania (0,00555 MWh/Mg popiołów) było zaniżone, a tym samym stanowiło nieprawdziwą informację, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący oparł swoją argumentację na założeniu, że zapotrzebowanie na energię w czasie eksploatacji (jak wynika ze wstępnej oferty cenowej z dnia 18 stycznia 2012 r. przygotowanej dla odwołującego w odpowiedzi na zapytanie ofertowe z dnia 11 stycznia 2012 r. oraz „konstruktywna rozmowa” przez Geodur, k. 5 tłumaczenia na język polski) wynosić będzie ok. 98 kW. Ponadto przyjął, że liczba godzin pracy węzła stabilizowania i zestalania to 8 godzin na dobę, 5 dni w tygodniu (tom I, część A, pkt 5, k.19).

Izba za zasadne uważa podkreślenie, że zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdy łącznie wystąpią dwie przesłanki: złożono nieprawdziwe informacje i mają one lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych (przykładowo: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010

r., sygn. akt XII Ga 420/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11) wskazujących, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Wobec braku w ustawie definicji legalnej pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zasadnym jest odwołanie się w tej kwestii do wytycznych zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (II CKN10095/99). W tym wyroku Sąd Najwyższy stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Trudno zatem oświadczenie mające charakter wyraźnie zobowiązaniowy (w tym znaczeniu: oświadczenie woli) traktować jako informację o istniejącej rzeczywistości (oświadczenie wiedzy). Dla zastosowania wobec wykonawcy sankcji wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (wykluczenie z postępowania) należy bezspornie wykazać, że składane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje. Z takim działaniem nie można utożsamiać czy to działania w warunkach błędnego zrozumienia dokumentów opracowanych przez zamawiającego (siwz, ogłoszenia), czy – tak jak ma to miejsce w analizowanej sprawie - zobowiązania się do określonego świadczenia, którego możliwość wykonania jest w świetle aktualnej wiedzy technicznej oraz znajomości procesów zachodzących w przyrodzie, realnie możliwa.

Zważywszy przedstawioną przez Izbę wykładnię przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wymaga podkreślenia, że odwołujący nie wykazał, że zaoferowany przez Mostostal parametr jednostkowego zużycia energii elektrycznej na potrzeby węzła stabilizowania i zestalania wynoszący 0,00555 MWh/Mg popiołów, zakwalifikować należy do kategorii nieprawdziwych informacji, do której odnosi się art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wartość tego parametru podana w ofercie Mostostalu, stanowi jego zobowiązanie (oświadczenie woli w rozumieniu kodeksu cywilnego), co do gwarantowanego zapotrzebowania na energię elektryczną węzła stabilizowania i zestalania, zatem jego ocena w kategorii nieprawdziwych informacji, jest z

natury rzeczy ograniczona. Oświadczenie to dotyczy bowiem zachowania wykonawcy w przyszłości, zatem trudno je traktować w kategorii informacji, rozumianej jako oświadczenie o obiektywnie istniejącym stanie rzeczy, która może podlegać ocenie w kategorii prawda/fałsz. Zobowiązanie to natomiast deklaracja wykonania opisanego świadczenia, zatem nie sposób go utożsamiać z podaniem informacji i przyrównywać do istniejącej rzeczywistości celem zweryfikowania zgodności z prawdą (z wyjątkiem sytuacji zobowiązania do świadczenia niemożliwego). Złożenie zatem oświadczenia co do gwarantowanego parametru zużycia energii elektrycznej na podstawie oszacowania z należytą starannością własnych możliwości, przewidywanej technologii, z uwzględnieniem znajomości przedmiotu, nie prowadzi do uznania złożonego oświadczenia za nieprawdziwe. Dodać trzeba, że zamawiający w ofercie nie wymagał podania mocy urządzeń, które będą wykorzystywane w pracy węzła stabilizowania i zestalania. Niemniej jednak Mostostal w toku rozprawy przedstawił analizę jednostkowego zużycia energii elektrycznej w węźle stabilizacji i zestalania prezentując sposób wyliczenia spornego parametru. Przyjęto w niej do obliczeń wynikającą z oferty Mostostalu ilość odpadów na poziomie 9 745 Mg popiołów/rok. Uwzględniono moc zainstalowanej mieszarki o wartości 74 kW, co stanowi wartość wynikającą z oferty Geoduru z dnia 13 stycznia 2012 r. kierowanej do CMS sp. z o.o. dla potrzeb Mostostalu. Zgodnie z nią instalacja mieszająca, dla której zapotrzebowanie na energię elektryczną w swojej ofercie wskazał Geodur, składa się z mieszarki stożkowej, silosu pyłu, systemu sterowania. Z przedstawionych przez Mostostal wyliczeń wynika, że wartość wskaźnika zużycia energii w zakresie kwestionowanym przez odwołującego nie została obliczona błędnie. Wymaga zauważenia, że wskazywane przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego dowody nie uzasadniają twierdzenia o obiektywnej niemożliwości osiągnięcia zużycia energii elektrycznej w węźle stabilizacji i zestalania na poziomie zaferowanym przez Mostostal. Powoływane przez odwołującego zapotrzebowanie na energię wynikające z oferty cenowej Geoduru z 18 stycznia 2012 r. nie odnosi się do oferty Mostostalu, lecz stanowi odpowiedź na zapytanie ofertowe kierowane dla potrzeb przygotowania oferty przez odwołującego z 11 stycznia 2012 r. (nie zostało w toku postępowania odwoławczego złożone Izbie) oraz uwzględnia treść powołanej w piśmie „rozmowy”. Powyższe nie pozwala przyjąć za udowodnioną okoliczności, iż jednostkowe zużycie energii podane przez Mostostal w tabeli 4, pozycja 1 stanowi nieprawdziwą informację. W szczególności weryfikacja taka, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, nie jest możliwa, przedmiotem zamówienia jest bowiem zaprojektowanie i wykonanie ZPTO, a zamawiający w siwz nie wymagał podania pełnego opisu przewidywanej do zastosowania przez wykonawców technologii. Treść opisu patentowego także nie potwierdza stanowiska odwołującego. W opisie technologii Geoduru, zawartym w złożonym wraz z odpowiedzią na odwołanie opisie patentowym (nr PL 192267), zostało wskazane, że

„(...) Do mieszania można stosować typowe urządzenia mieszające lub zmodyfikowane instalacje do mieszania. W przypadku zmodyfikowanych instalacji do mieszania, pobór energii, tj. mieszanie z większą prędkością, czas mieszania, fazy mieszania i kontrolę temperatury reakcji można zmieniać w znany sposób (...)” (k. 4 opisu patentowego). Oznacza to, że instalacja mieszająca może być w różny sposób realizowana, a pobór energii zależy od faktycznych rozwiązań technicznych, nie narzucanych z góry przez właściciela technologii. Ponadto z siwz, w szczególności powoływanych przez odwołującego postanowień PFU, nie wynika, aby proces stabilizowania i zestalania pyłów kotłowych i popiołów lotnych oraz stałych pozostałości z oczyszczania spalin, który pozwoli na uzyskanie parametrów wynikających z wymagań zawartych w PFU i złożonej ofercie przy pracy węzła przez krótszy czas, był niedopuszczalny. Także stwierdzenie odwołania o mocy urządzeń w tym węźle w wysokości ok. 98 kW nie może być traktowane jako punkt odniesienia. Informacja ta pochodzi z pisma Geoduru przedłożonego przez odwołującego zamawiającemu przy piśmie z 16 marca 2012 r. Należy jednak pamiętać, że pismo to stanowi ofertę wstępną skierowaną tylko i wyłącznie do odwołującego na podstawie rozmów prowadzonych między odwołującym a Geodurem i dokumentów dostarczonych przez odwołującego (zakres tych ustaleń i stopień, w jakim precyzują one wymogi zawarte w PFU jest nieznany). Tym samym nie można jednoznacznie stwierdzić, aby Mostostal w swej ofercie zaniżył wartość zużywanej energii elektrycznej w węźle stabilizowania i zestalania. Tym bardziej nie można zdaniem Izby, twierdzić, iż podał nieprawdziwe informacje w tym zakresie.

Ad. C. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Mostostalu z postępowania z powodu podania w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w zakresie ilości zużycia substancji Trace Lock wskazanej w kosztach eksploatacji węzła stabilizowania i zestalania oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności treści oferty Mostostalu w tym zakresie z treścią siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp potwierdził się. Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba ustaliła, że zamawiający w siwz nie określił minimalnych wymagań ilościowych zużycia addytywu do stabilizacji odpadów. Nie było sporne, że każdy z wykonawców miał przyjąć dla obliczenia kosztów eksploatacyjnych ilość addytywu do stabilizacji ilości popiołów, która faktycznie będzie wytworzona przy technologii zakładu przyjętej przez każdego z wykonawców. Zamawiający w siwz określił ilość popiołów na wejściu do węzła

stabilizacji i zestalania na 15 000 Mg/rok, co także nie było sporne. Zamawiający w siwz postanowił, że technologia i sposób stabilizowania i zestalania odpadów procesowych zostanie zaproponowany przez wykonawcę (tom I, część A, pkt 8.6.4., k. 56 PFU). Dalej zamawiający w pkt. 8.6.8. tomu I, części A, k. 56 PFU stwierdził, że celem stabilizowania i zestalania odpadów procesowych jest uzyskanie odpadu będącego odpadem innym niż niebezpieczny o kodzie 19 03 05, który będzie mógł być składowany na składowisku odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne. Stąd też ustabilizowane i zestalone odpady procesowe będą podlegały badaniom na wymywalność metali ciężkich zgodnie z załącznikiem nr 5 do rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 7 września 2005 r. w sprawie kryteriów oraz procedur dopuszczania odpadów do składowania na składowisku odpadów danego typu (Dz.U. z 2005, Nr 186 poz.1553 ze zm.).

Mostostal w swojej ofercie w tabeli 4, pozycja 7 podał (k.11 oferty), że zastosuje w węźle zestalania i stabilizacji addytyw do stabilizowania Trace Lock w ilości 0,4 kg/Mg odpadów rocznie (okoliczności niesporne). Nie jest także kwestionowane, że producentem koncentratu do stabilizacji Trace Lock jest Geodur. Technologia stabilizacji odpadów przy użyciu środka Trace Locka produkcji Geoduru została opatentowana (opis patentowy nr PL 192267). Załącznik do oferty Mostostalu stanowi oferta Geoduru z 8 lutego 2012 r., w której Geodur zaoferował środek Trace Lock w ilości 6 000 kg.

Zamawiający pismem z 9 marca 2012 r. wyjaśniał treść oferty Mostostalu pytając, czy wartość zużycia addytywu do stabilizowania Trace Lock podana w pozycji 7 tabeli 4 części 2 załącznika do oferty została prawidłowo wyliczona (pytanie 6).

W odpowiedzi z 16 marca 2012 r. Mostostal potwierdził, że podany w ofercie wskaźnik zużycia reagenta do stabilizacji i zestalania 0,4 kg /Mg popiołów jest poprawny.

Biorąc powyższe pod uwagę, w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp potwierdził się, bowiem oferta Mostostalu, w zakresie wskaźnika zużycia addytywu do stabilizowania Trace Lock przewidzianego w kosztach eksploatacji węzła stabilizowania i zestalania (0,4 kg/Mg popiołów), uniemożliwia osiągnięcie rezultatu określonego w siwz w pkt. 8.6.8. części A tomu I PFU. Izba podziela stanowisko odwołującego oraz zamawiającego, że z opisu patentowego nr 192267, odnoszącego się do technologii Geoduru pt. „Kompozycja do obróbki materiałów odpadowych, jej zastosowania oraz sposobu obróbki materiałów odpadowych” (Trace Lock), jednoznacznie wynika, że zadeklarowana ilość środka Trace Lock nie jest wystarczająca dla osiągnięcia odpadów o

charakterystyce opisanej w siwz. W powołanym opisie patentowym, w części „Opis wynalazku” wskazano: „Korzystnie dodaje się 0,5 do 1,5 kg kompozycji do obróbki materiałów odpadowych na tonę materiału odpadowego”, a dalej, w części „Zastrzeżenia patentowe”: „14. Sposób według zastrz. 12, znamienny tym, że dodaje się 0,5 do 1,5 kg kompozycji do obróbki materiałów odpadowych na tonę materiału odpadowego.” Z cytowanymi postanowieniami opisu patentowego koresponduje załączone do odpowiedzi na odwołanie stanowisko producenta z 19 kwietnia 2012 r., w którym wskazano: „Ilość koncentratu Geodur TraceLock wynosząca 0,4 kg na tonę materiału odpadowego, jest ilością niewystarczającą dla skutecznej - odpowiednio do norm wynikających z przepisów polskiego prawa - stabilizacji i zestalenia pozostałości z oczyszczania spalin powstałych w procesie spalania odpadów komunalnych. Oczywiście jest, że ilość ta zależy od rzeczywistej zawartości substancji szkodliwych zawartych w materiale odpadowym. W związku z tym rzeczywiste zapotrzebowanie na koncentrat Geodur TraceLock jest zmienne w określonych granicach. Najczęściej zapotrzebowanie to wynosi od ok. 0,71 do ok. 1,43 kg koncentratu Geodur TraceLock na tonę materiału odpadowego”. Tym samym wartość wskazana w ofercie Mostostalu i potwierdzona jego wyjaśnieniami z 16 marca 2012 r., jest zbyt mała, aby dotrzymać norm wynikających z przepisów, do których odniesienie zamawiający zawarł w pkt. 8.6.8. części A tomu I PFU. Oferta Mostostalu zatem powinna podlegać odrzuceniu – jak słusznie wskazał zamawiający – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodna z treścią siwz. Izba uznała, że Mostostal nie udowodnił, że zaoferowana ilość koncentratu Trace Lock, będzie wystarczająca dla osiągnięcia założonego w siwz rezultatu. Mostostal gołostownie w piśmie z 25 kwietnia 2012 r. argumentował, że (przyjmując wskaźnik zużycia środka Trace Lock na poziomie 0,4 kg/Mg popiołów), założył, że do strumienia popiołów i pozostałości z oczyszczania spalin przed procesem chemicznej stabilizacji dodawane będzie wapno (CaO , CaOH_2), co - zgodnie z jego wiedzą i doświadczeniem - pozwala uzyskać lepsze efekty procesu stabilizacji przy nawet mniejszym wskaźniku zużycia środka stabilizacyjnego. Nie wyjaśnił w toku rozprawy, na czym polega specyfika przyjętej przez niego technologii, uzupełniającej technologię Geoduru, że możliwe będzie osiągnięcie parametrów przewidzianych w siwz w pkt. 8.6.8. części A tomu I PFU, przy użyciu środka Trace Lock w ilości 0,4 kg/Mg popiołów.

Zważywszy powyższe oraz fakt, że to Mostostal wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania stwierdzić należy, że to na Mostostalu spoczywał ciężar udowodnienia zgodności treści jego oferty z treścią siwz. Zgodnie z art. 6 kc ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne. W konsekwencji Mostostal, wnosząc sprzeciw, wstępuje w rolę odwołującego z wszelikimi tego konsekwencjami.

Zatem podnieść należy, że Mostostal, wbrew stanowisku nie tylko odwołującego, ale również zamawiającego, twierdził, że jego oferta jest prawidłowa i zgodna z siwz. W omawianej kwestii kluczowym jest, że zamawiający postanowieniami siwz nie nałożył na wykonawców obowiązku opisu oferowanej technologii, a jedynie osiągnięcie efektu w postaci uzyskania odpadu będącego odpadem innym niż niebezpieczny o kodzie 19 03 05, który będzie mógł być składowany na składowisku odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne. Zatem skoro Mostostal twierdzi, że zaoferował określoną, specyficzną dla niego technologię, współtowarzyszącą technologii firmy Geodur, która pozwala - przy zastosowaniu koncentratu Trace Lock w ilości 0,4 kg/Mg popiołów - na uzyskanie efektu żądanego przez zamawiającego, to powinien wykazać specyfikę, zasadność i skuteczność tej technologii. Tym czasem Mostostal ograniczył się jedynie do lakonicznych twierdzeń podczas rozprawy, nie popratych żadnymi dowodami. Podkreślić należy, że w związku z powyższym niemożliwym byłoby wykazanie przez odwołującego, że zaoferowana przez Mostostal technologia nie zapewni osiągnięcia żądanych przez zamawiającego rezultatów opisanych w siwz, gdyż odwołujący nie posiada wszystkich niezbędnych informacji o technologii zaoferowanej przez Mostostal, bowiem zamawiający nie żądał tego rodzaju opisu, a jedynie zapewnienia efektu w postaci uzyskania odpadu będącego odpadem innym niż niebezpieczny o kodzie 19 03 05, który będzie mógł być składowany na składowisku odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne. Tym samym ciężar dowodzenia w tej sprawie spoczywał na Mostostalu, który poza głośnymi stwierdzeniami nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby, że oferowana przez niego technologia z wykorzystaniem wapna (CaO , CaOH_2) oraz cementu portlandzkiego pozwala na zastosowanie w technologii Geoduru koncentratu Trace Lock w ilości 0,4 kg/Mg popiołów, aby uzyskać efekt wymagany treścią siwz.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na wyjaśnienia odwołującego odnoszące się do wykorzystania wapna (CaO , CaOH_2) oraz cementu portlandzkiego w omawianym procesie, złożone podczas rozprawy, którym Mostostal nie zaprzeczył. Odwołujący wyjaśniał, że proces stabilizacji poprzedza proces zestalania. Środek Trace Lock stosowany jest do stabilizacji odpadów i powinien być używany zgodnie z opisem patentowym. Dopiero w następnej fazie dochodzi do zestalania, do czego stosuje się już inne środki chemiczne, jak cement, związki wapnia. Tym samym użycie wapna (CaO , CaOH_2) oraz cementu portlandzkiego następuje dopiero po procesie, w którym wykorzystywany jest środek Trace Lock.

Nie sposób też powmianić faktu, że Mostostalu w zakresie zarzutów opisanych w pkt B i odnoszących się do wyliczeń dotyczących jednostkowego zużycia energii elektrycznej w węzle stabilizacji i zestalania pomimo, że zamawiający również nie wymagał na etapie składania ofert szczegółowego opisu czy też podania wyliczeń - w sposób jasny i nie budzący wątpliwości przedstawił podczas rozprawy, w jaki sposób zamierza osiągnąć wynikające z siwz rezultaty w tym zakresie (analiza zawierająca tabelę z założeniami do projektowania). W rozpoznawanej kwestii takich dowodów podczas rozprawy Mostostal nie przedstawił.

Odnosząc się zaś do całokształtu korespondencji z Geodurem (lub przedstawicielem Geoduru – CDF – Technologie dla środowiska s.c.) przedstawionej w toku postępowania odwoławczego (pismo do zamawiającego z 19 kwietnia 2012 r. oraz z 12 marca 2012 r., pismo z 18 stycznia 2012 r. złożone przez odwołującego wraz z wyjaśnieniami z 16 marca 2012 r., pismo z 13 stycznia 2012 r. – odpowiedź na zapytanie Mostostalu z 5 stycznia 2012 r., złożony przez odwołującego e-mail z 25 kwietnia 2012 r., złożone przez Mostostal pisma: z 2 stycznia 2012 r. dotyczące zakładu termicznego unieszkodliwiania odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego, z 13 października 2011 r. dotyczące termicznego przekształcania odpadów komunalnych w Bydgoszczy), Izba podkreśla, iż mimo braku pełnej konsekwencji Geoduru w zakresie dotyczącym minimalnego wymaganego zużycia koncentratu Trace Lock, aby zagwarantować jego skuteczność, niewątpliwie w świetle postanowień opisu patentowego Trace Lock nr PL 192267, stanowiącego jedyny dokument urzędowy złożony w postępowaniu, za wiarygodne należy uznać stanowisko producenta Trace Lock wyrażone w: piśmie załączonym do odpowiedzi na odwołanie z 19 kwietnia 2012 r., w złożonym przez odwołującego e-mailu z 25 kwietnia 2012 r., złożonym przez Mostostal piśmie z 13 października 2011 r. dotyczącym termicznego przekształcania odpadów komunalnych w Bydgoszczy, złożonym przez odwołującego wraz z wyjaśnieniami z 16 marca 2012 r. piśmie z 18 stycznia 2012 r. Na podstawie wymienionych pism, w świetle postanowień opisu patentowego, należy stwierdzić, że zużycie Trace Lock na poziomie w ilości 0,4 kg/Mg popiołów nie jest wystarczające dla skutecznej stabilizacji i zestalania pozostałości z oczyszczania spalin powstałych w procesie spalania odpadów komunalnych, gdyż zgodnie z postanowieniami patentu minimalna ilość to 0,5 kg na tonę odpadów.

Nie potwierdził się natomiast zarzut podania przez Mostostal nieprawdziwych informacji co do ilości przewidywanego zużycia addytywu do stabilizowania pyłów kotłowych i stałych pozostałości z oczyszczania spalin, tj. substancji Trace Lock. W tej kwestii zachowuje aktualność wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przedstawiona przez Izbę w odniesieniu do zarzutu B uzasadnienia. Argumentacja odwołującego nie dowodzi, iż

Mostostal - w zakresie dotyczącym podania w ofercie współczynnika zużycia Trace Lock w wysokości 0,4 kg/Mg popiołów – podał informację nieprawdziwą. Mostostal zgodnie z najlepszą wiedzą, w świetle posiadanego doświadczenia zawodowego oraz uwzględniając specyfikę przedmiotu zamówienia zadeklarował, iż zużycie koncentratu na poziomie 0,4 kg/Mg popiołów, gwarantuje osiągnięcie założonego w siwz rezultatu. Odwołujący twierdził, że zamierzony rezultat jest niemożliwy do osiągnięcia ze względu na wymaganą ilość tego środka przewidzianą przez jego producenta, tj. Geodur oraz ilość powstałych popiołów do stabilizacji. Izba stoi na stanowisku, że w okolicznościach sprawy odwołujący nie udowodnił jednak złożenie nieprawdziwych informacji, lecz niezgodność treści oferty z treścią siwz, co wyczerpuje przesłankę odrzucenia oferty Mostostalu określoną w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż ilość substancji Trace Lock, jaką przewidział do zużycia Mostostal, nie wystarczy na stabilizację wszystkich pyłów kotłowych i stałych pozostałości z oczyszczania spalin, zgodnie z odnośnymi postanowieniami siwz.

Ad. D. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy przez niedozwoloną zmianę treści oferty Mostostalu poprzez przyjęcie wyjaśnienia, iż koszt licencji za użytkowanie technologii Geoduru został skalkulowany w cenie oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty Mostostalu z powodu niezgodności treści jego oferty z treścią siwz polegającej na nieskalkulowaniu w kosztach eksploatacyjnych w tabeli 4 oferty Mostostalu kosztów licencji za użytkowanie technologii Geoduru, jak również zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp polegający na złożeniu wyjaśnień, które są obiektywnie niezgodne ze stanem faktycznym (brak możliwości ujęcia kosztów licencji w cenie kontraktu i konieczność ich ponoszenia comiesięcznie przez zamawiającego).

Zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający wskazał w siwz, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, musi obejmować wszelkie wymagania siwz oraz wszelkie koszty, które poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 10.1. siwz). Cena ofertowa stanowił kryterium oceny ofert o wadze 45% (pkt 11.2. siwz). Zamawiający wymagał podania w części 3 załącznika do oferty (wykaz cen) wycenę poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Opisy poszczególnych pozycji podane w wykazie cen nie ograniczają zobowiązania wykonawcy wynikającego z kontraktu. W cenie oferty należy uwzględnić wszelkie elementy, które niezbędne są dla osiągnięcia wymaganych parametrów technologiczno – użytkowych, o których mowa w PFU. Wszystkie koszty stałe, zyski, koszty ogólne i podobnego rodzaju obciążenia (o ile nie zostały wymienione osobno), odnoszące się do niniejszego kontraktu jako całości, należy rozdzielić

pomiędzy wszystkie kwoty podane w wykazie cen, podczas gdy koszty dotyczące określonych części kontraktu, należy rozciągnąć na te pozycje, których te części dotyczą.

Izba ustaliła, że Mostostal w swojej ofercie w tabeli 4, pozycja 7 podał, że zastosuje w węźle zestalania i stabilizacji addytyw do stabilizowania Trace Lock, co wskazuje na wykorzystanie technologii firmy Geodur (okoliczności niesporne). Nie wyspecyfikował w tej tabeli kosztów wynikających z opłaty za licencję na korzystanie z tego rozwiązania. Do oferty załączył wykaz cen (część 3 załącznika do oferty) sporządzony zgodnie z siwz (k. 18 - 24 oferty).

Zamawiający pismem z 9 marca 2012 r. - powołując się na inną ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu - zwrócił się o wyjaśnienie, czy zastosowanie licencji na korzystanie z patentu na receptury mieszanek z wykorzystaniem koncentratu Trace Lock w technologii proponowanej przez Mostostal jest wymagane, a jeśli tak – gdzie w ofercie jej koszt został uwzględniony. Dodał, że w tabeli 4 wykonawca zobowiązany był wskazać „wszelkie inne koszty związane z pracą Węzła Stabilizowania i Zestalania, a zatem w przypadku wystąpienia kosztów icencji – także i takich ksztów” (pytanie 5).

W odpowiedzi Mostostal w piśmie z 16 marca 2012 r. oświadczył, że opłaty licencyjne dla zaproponowanej technologii zostały ujęte w cenie ofertowej – w części 3 załącznika do oferty – wykaz cen.

Izba nie podzieliła oceny odwołującego, że Mostostal wyjaśniając treść oferty pismem z 16 marca 2012 r. dokonał niedozwolonej modyfikacji treści oferty czy podał nieprawdziwe informacje. Zamawiający prawidłowo postąpił uwzględniając powołane wyjaśnienia Mostostalu, w konsekwencji czego ustalił, że oferta Mostostalu w tym zakresie jest zgodna z treścią siwz. Aby stwierdzić sprzeczność treści oferty z treścią siwz, a w konsekwencji odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp niezbędne jest wskazanie na konkretne postanowienie siwz, z którym treść oferty jest niezgodna. W okolicznościach sprawy w siwz zamawiający wprost nie wskazał, że należy w kosztach eksploatacji węzła stabilizacji oraz zestalania uwzględnić koszty licencji (o ile występują). Także definicja kosztów eksploatacji nie daje jednoznacznej odpowiedzi, jak należy tego rodzaju koszty związane z licencją zakwalifikować. Jeśli tak, to zgodnie z ugruntowaną w orzecznictwie Izby zasadą, że brak precyzji w postanowieniach siwz nie może oddziaływać negatywnie na ocenę oferty podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, Izba nie stwierdziła niezgodności treści oferty Mostostalu z siwz w tym zakresie. Wykonawcy zobligowani byli uwzględnić w cenie oferty wszystkie koszty realizacji zamówienia,

wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, zatem niewątpliwie, w świetle wyjaśnień Mostostalu z 16 marca 2012 r., nie sposób stwierdzić, aby odwołujący wykazał niezgodność treści oferty z treścią siwz w omawianej kwestii. Odnosząc się do twierdzeń odwołującego, że Mostostal powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż cytowane wyżej wyjaśnienia z 16 marca 2012 r. są obiektywnie niezgodne ze stanem faktycznym (brak możliwości ujęcia kosztów licencji w cenie kontraktu i konieczność ich ponoszenia comiesięcznie przez zamawiającego), należy wskazać – w świetle wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonanej w odniesieniu do pkt. B uzasadnienia – że i w tej kwestii odwołujący nie ma racji. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na załączone do odpowiedzi na odwołanie pismo Geoduru z 19 kwietnia 2012 r. oraz pismo z 12 marca 2012 r. pochodzące od przedstawiciela Geoduru (CDF – Technologie dla środowiska s.c.). Z powołanych pism wynika, że producent nie wyklucza możliwości ryczałtowego określenia opłaty za licencję udzieloną na czas nieokreślony. Odwołujący tezę o złożeniu przez Mostostal nieprawdziwych informacji w omawianym zakresie wywodzi z pisma Geoduru z 16 lutego 2012 r., w którym zostało stwierdzone, że koncentrat Trace Lock sprzedawany jest „tylko w ramach umowy licencyjnej zawieranej z użytkownikiem”. Z cytowanego pisma nie wynika jednak, jakie koszty Mostostal mógł ująć w swojej ofercie. Odwołujący nie dostrzega różnicy pomiędzy ceną ofertową (ewentualnie kosztami eksploatacyjnymi gwarantowanymi na określonym poziomie przez wykonawcę – tu Mostostal), a techniczną kwestią zawarcia umowy na zakup Trace Lock i tym samym wykupienie licencji przez zamawiającego od producenta Trace Lock.

Wobec powyższego nie potwierdził się także, będący konsekwencją zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Stwierdzenie przez Izbę uchybienia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (pkt C uzasadnienia) dowodzi naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem ilekroć zamawiający bezprawnie zaniecha odrzucenia oferty, uchybia zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Przedmiotowe zamówienie nie zostało jeszcze udzielone, zatem nie doszło do uchybienia art. 7 ust. 3 Pzp.

Odwołujący w toku rozprawy wycofał sformułowany w odwołaniu wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

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

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

.....

.....

.....