

WYROK
z dnia 17 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Monika Kawa-Ogorzałek
Aleksandra Patyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 i 13 października 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2017 r. przez wykonawcę

ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp.k. ul. Chmielna 25, 00-021 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Zakład Utylizacyjny Sp. z o.o. ul. Jabłoniowa 55, 80-180 Gdańsk

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ASTALDI S.p.A ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym, Włochy, TM.E. S.p.A Termomeccanica Ecologia ul. Lodovico Mancini 5, 201129 Mediolan. Włochy, TIRU S.A Tour Franklin 10^{ème} étage, La Défence 8, 90042 Paris La Défence Cedex, Francja** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp.k. i:

3

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

ITPOK

Gdańsk Sp. z o.o. Sp.k. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od ITPOK Gdańsk Sp. z o.o. Sp.k. na rzecz Zakładu Utylizacyjnego Sp. z o.o. kwotę 3 960 zł 30 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset sześćdziesiąt złotych trzydzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

.....

4

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Utylizacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie na podstawie ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego pn. „System gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej”

Postępowanie jest prowadzone w celu wybrania partnera prywatnego, który zaprojektuje, wybuduje i będzie obsługiwał Zakład Termicznego Przetwarzania Odpadów w Szadółkach koło Gdańska (dalej „Zakład” lub „ZTPO”), który ma stanowić własność Zamawiającego, a umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym dotycząca tego przedsięwzięcia (tj. budowy i utrzymania Zakładu na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym („umowa PPP” ma zostać zawarta na okres 28 lat.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 września 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 178-314893.

Decyzją z 7 września 2017 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego – ITPOK Gdańsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., wykonując czynność nakazaną wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 11 sierpnia 2017 r., sygn. 1536/17 oraz wybrał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Astaldi S.p.A, T.M.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia oraz TIRU S.A. (dalej: „Przystępujący” lub „Konsorcjum”).

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – ITPOK Gdańsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 41 ust. 1 oraz art. 146a pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 2 pkt 1 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, choć zawiera ona błąd w obliczeniu ceny w zakresie składnika „Cena Kontraktowa za Projektowanie brutto”, gdyż Konsorcjum zastosowało do jej obliczenia błędną, nieistniejącą, stawkę podatku VAT w wysokości ok. 22,3% oraz, w konsekwencji zawiera błąd w obliczeniu całej ceny ofertowej brutto;

5

2. art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 2 pkt 1 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy zawiera ona błąd w obliczeniu ceny w zakresie „Ceny Kontraktowej za Obsługę”, gdyż Konsorcjum, obliczając kwotę podatku od towarów i usług od ceny kontraktowej netto składnika „Obsługa” zastosowało nieprawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 8%;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która nie odpowiada treści specyfikacji ze względu na to, że treść załącznika nr 4 pod nazwą „Wysokość odpowiedzialności Partnera Prywatnego za utratę Dotacji Unijnej” jest niezgodna z pkt VIII.3 Specyfikacji;

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji ze względu na dokonaną przez Konsorcjum manipulację w zakresie sposobu podziału wynagrodzenia należnego Konsorcjum w okresie obsługi Zakładu między część stałą wynagrodzenia (składnik Orim, o którym mowa w pkt 2.2 Mechanizmu Wynagradzania Wykonawcy w Okresie Obsługi) oraz część zmienną wynagrodzenia (składnik Zrim, o którym mowa w pkt 2.3 Mechanizmu Wynagradzania Wykonawcy w Okresie Obsługi) prowadzącą do sytuacji, w której wynagrodzenie za świadczenia usług przez Konsorcjum w części stałej jest wygórowane, a cena za część, która może w ogóle nie zostać zlecona, jest znacznie zaniżona, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami;

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która nie odpowiada treści Specyfikacji, ponieważ Konsorcjum w załączniku nr 3 w kolumnach „Produkcja ciepła ZTPO dla GPEC” wskazało ilości energii cieplnej, która będzie sprzedawana Gdańskiemu Przedsiębiorstwu Energetyki Ciepłej sp. z o.o. („GPEC”), które faktycznie są niemożliwe do osiągnięcia;

6. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która nie odpowiada treści Specyfikacji, ze względu na niezgodne z pkt. 1.4.2

Wymagań Zamawiającego wypełnienie załącznika do Oferty Konsorcjum pod nazwą „Tabela Elementów Scalonych”, poprzez wskazanie liczby 1 jako liczby środków trwałych danego typu, które zostaną użyte w Zakładzie, podczas gdy wymagane było podanie liczby środków trwałych faktycznie planowanych przez oferenta do użycia w Zakładzie;
7. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

6

Konsorcjum, która nie odpowiada treści pkt. VIII.6 Specyfikacji ze względu na to, iż rubryka 65. tabeli „Fundusz Odtworzeniowy” stanowiąca część „Tabeli Elementów Scalonych” oraz załącznik nr 8 do oferty Konsorcjum pod nazwą „Nakłady inwestycyjne i odtworzeniowe” zawierają sprzeczne dane dotyczące roku, w którym dojdzie do wymiany serwera, w ten sposób, że w rubryce 65. tabeli „Fundusz Odtworzeniowy” wskazany jest rok 2034, a załączniku 8 do oferty Konsorcjum rok 2036;
8. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która nie odpowiada treści pkt. 1.4 Programu Funkcjonalno-Użytkowego („PFU”) będącego załącznikiem do Specyfikacji, ponieważ zadeklarowany przez Konsorcjum poziom zużycia energii na potrzeby własne Zakładu (Ezr), poziom zużycia wody w Zakładzie oraz ilość ścieków wobec używanej w Zakładzie wody nie uwzględnia zastosowania oczekiwanych przez Zamawiającego najlepszych rozwiązań dostępnych na rynku (Best Available Technology) w zakresie redukcji tych poziomów;
9. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która nie odpowiada treści Specyfikacji ze względu na wskazanie niższej niż faktyczna ilości odpadów poprocesowych, które będą powstawać w Zakładzie wobec ilości odpadów, które będą w nim przetwarzane, chociaż zgodnie z pkt. 2.3 Mechanizmu Wynagradzania Wykonawcy w Okresie Obsługi, w ofercie Konsorcjum powinna była zostać podana realna ilość odpadów poprocesowych powstających z odpadów przetwarzanych w Zakładzie.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie przez Izbę Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert oraz unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. nakazanie przez Izbę Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum;
3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przepisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożono dwie oferty – Odwołującego i Konsorcjum. Zamawiający dokonał oceny ofert 14 lipca 2017 r. i jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Odwołującego. Od tej czynności Konsorcjum złożyło odwołanie do Izby zarzucając Zamawiającemu wybranie jako oferty najkorzystniejszej oferty,

7

która powinna podlegać odrzuceniu, a Odwołujący uczestniczył w niej jako przystępujący po stronie Zamawiającego. Ponieważ w postępowaniu tym Odwołujący nie miał interesu w zaskarżeniu oferty Konsorcjum, to jej zgodność z prawem oraz ze Specyfikacją nie była dotychczas przedmiotem badania przez Izbę. Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert, dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty Odwołującego. Zamawiający wykonał sentencję wyroku 7 września 2017 r., tj. przed upływem terminu na wniesienie przez Odwołującego skargi do sądu okręgowego. Odwołujący wniósł skargę na wyrok KIO w ustawowym terminie.

Ad. 1 – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 41 ust. 1 oraz art. 146a pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 2 pkt 1 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych i w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, choć zawiera ona błąd w obliczeniu ceny w zakresie składnika „Cena Kontraktowa za Projektowanie brutto”, gdyż Konsorcjum zastosowało do jej obliczenia błędną, nieistniejącą, stawkę podatku VAT w wysokości ok. 22,3%.

Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania w formularzu ofertowym całkowitej ceny ofertowej, a następnie wskazania poszczególnych jej składników, określonych jako: (i) Cena Kontraktowa za Projektowanie, (ii) Cena Kontraktowa za Budowę, (iii) Fundusz Odtworzeniowy oraz (iv) Cena Kontraktowa za Obsługę. Zamawiający wymagał od wykonawców podania ceny całkowitej oraz poszczególnych jej składników w wartościach netto i brutto (tj. po dodaniu do wartości netto stawki VAT w stosownej wysokości). Wartość Ceny Kontraktovej za Projektowanie netto Konsorcjum określiło na kwotę 9.999.900,00 zł, Cenę Kontraktovej za Projektowanie brutto na kwotę 12.229.877,00 zł. Różnica pomiędzy tymi cenami wynosi więc 2.229.977,00 zł, co stanowi, po zaokrągleniu, 22,3 % Ceny Kontraktovej za Projektowanie netto.

Zgodnie z art. 41 ust 1 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2018 r., stawka podatku VAT w Polsce wynosi 23%. Polskie przepisy o VAT przewidują dla niektórych świadczeń obniżone stawki VAT, wyłącznie w wysokości 8%, 5% i 0% lub zwolnienia od VAT. Z tego względu zastosowanie przez Konsorcjum stawki w wysokości 22,3% w odniesieniu do Ceny Kontraktovej za Projektowanie zostało dokonane z naruszeniem ww. ustawy. Zastosowanie do Ceny Kontraktovej za Projektowanie netto którejkolwiek z obowiązujących w Polsce stawek podatku VAT nie prowadzi do takiego wyniku, jaki podało Konsorcjum w ofercie. Gdyby Konsorcjum zastosowało do Ceny Kontraktovej za Projektowanie stawkę podstawową, wartość podatku VAT wyniosłaby 70.000 zł więcej niż Konsorcjum wskazało w swojej ofercie.

8

Ponieważ w formularzu ofertowym wykonawcy nie wskazywali wysokości stosowanej przez nich stawki VAT, Zamawiający nie może samodzielnie, w ramach procedury usuwania oczywistej omyłki rachunkowej (czy innej omyłki), skorygować kwoty podatku VAT od Ceny Kontraktovej za Projektowanie netto. Potwierdza to uchwała Izby z 21 czerwca 2012 r. w sprawie KIO/KD 54/12, w której KIO orzekła: „O porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny można bowiem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zastosowaniem tych samych reguł. W związku z powyższym przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia oferty w zakresie obliczenia ceny, w przypadku wystąpienia innej omyłki polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki podatku VAT ze stawką zawartą w siwz. Przypadek taki może wystąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w siwz konkretną stawkę podatku VAT, o ile omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian treści oferty. Natomiast w sytuacji, gdy zamawiający nie określił w siwz stawki podatku VAT, wówczas nie występuje inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W takim przypadku brak jest ustawowej przesłanki niezgodności oferty z siwz.”. Podobnie orzekła KIO w wyroku z 17 kwietnia 2015 r. w sprawie KIO 697/15: „Jeżeli zatem zamawiający w SIWZ, w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazuje stawkę VAT, to kontrola oferty w tym zakresie winna sprowadzać się do poprawienia oferty. Jeżeli jednak zamawiający opisując w SIWZ sposób obliczenia ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki VAT, to oferta, która zawiera stawkę VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p.”

W Postępowaniu stawki podatku VAT miały zostać przez wykonawców określone samodzielnie. Nie miały jednak być wskazywane przez nich w ofertach (wykonawca był obowiązany wpisać jedynie samą kwotę podatku). Tym samym, w świetle cytowanego orzecznictwa Izby, błąd popełniony przez Konsorcjum nie może być uznany za oczywistą omyłkę rachunkową lub inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Za taką bowiem można uznać tylko taką omyłkę, która powstała w wyniku działania matematycznego, gdzie nie ma żadnych niewiadomych, a dane zostały błędnie przez Zamawiającego przeliczone. W przypadku Ceny za Projektowanie netto niewiadomą pozostaje wysokość stawki podatku VAT, a więc nie wiadomo, czy Konsorcjum nie popełniło błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego lub prawnego.

Zamawiający nie może samodzielnie rozstrzygnąć, czy Konsorcjum zastosowało błędną, bo nieistniejącą stawkę podatku VAT, nieprawidłowo wykonało czynność arytmetyczną obliczenia kwoty podatku VAT według stawki podstawowej, błędnie wykonało czynność arytmetyczną obliczenia kwoty podatku VAT według jednej ze stawek obniżonych, czy też np. zastosowało mieszaną stawkę podatku VAT. W związku z tym Zamawiający nie mógł

9

samodzielnie wykonać zadania matematycznego polegającego na ewentualnym naprawieniu błędu Konsorcjum, ponieważ samodzielnie nie mógł przesądzić, jak ten błąd naprawić. Dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, zamawiający nie może mieć wątpliwości, że ma do czynienia z błędem arytmetycznym wynikającym z naruszenia podanego przez zamawiającego sposobu obliczenia ceny przewidzianego w ofercie (tak

m.in. Izba w wyroku z 1 września 2011 r., sygn. KIO 1787/11). W zaistniałym przypadku nie może być mowy o jednoznacznym stwierdzeniu, jaka jest przyczyna podania wysokości kwoty podatku VAT w takiej wysokości jak uczyniło to Konsorcjum.

W wyniku powyższego błędu, błędem w obliczeniu ceny dotknięta jest cała cena ofertowa brutto.

Ad. 2 – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 2 pkt 1 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy zawiera ona błąd w obliczeniu ceny w zakresie „Ceny Kontraktowej za Obsługę”, gdyż Konsorcjum, obliczając kwotę podatku od towarów i usług od ceny kontraktowej netto składnika „Obsługa” zastosowała nieprawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 8%.

Zgodnie z ofertą Konsorcjum, cena ofertowa brutto wynosi 1.350.680.100,53 zł, w tym 165.215.319,53 zł podatku VAT i obejmuje następujące składniki:

Cena Kontraktowa za Projektowanie netto 9.999.900,00 zł + 2.229.977,00 zł VAT;

Cena Kontraktowa za Budowę netto 453.749.581,00 zł + 104.362.403,63 zł VAT;

Fundusz Odtworzeniowy netto 104.766,00 zł + 24.096,18 zł VAT;

Cena Kontraktowa za Obsługę netto 731.610.534,00 zł + 58.528.842,72 zł VAT.

Zdaniem Odwołującego zastosowanie przez Konsorcjum do celów obliczenia Ceny Kontraktowej za Obsługę brutto stawki VAT w wysokości 8% dokonane zostało z naruszeniem przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, przepisów prawa Unii Europejskiej dotyczących podatku od wartości dodanej oraz orzecznictwa Trybunału i polskich sądów administracyjnych. Do Ceny Kontraktowej za Obsługę netto powinna znaleźć zastosowanie stawka podstawowa VAT w wysokości 23%. Stanowisko dotyczące konieczności zastosowania do Ceny Kontraktowej za Obsługę netto podstawowej stawki VAT potwierdza pięć ekspertyz prawopodatkowych, których przedmiotem było określenie prawidłowej stawki VAT dla opodatkowania czynności, jakie partner prywatny będzie świadczył w okresie obsługi Zakładu, załączonych jako dowód w sprawie. Z opinii tych wynika, że obsługę Zakładu w okresie eksploatacji należy traktować jako kompleksową usługę zarządzania Zakładem – bez względu na ewentualne uznanie, iż część elementów składających się na tę obsługę, gdyby było realizowanych oddzielnie, podlegałoby potencjalnie opodatkowaniu według 23% bądź 8% stawki VAT. Nie ma żadnych podstaw

10

prawnych, aby usługi zarządzania, utrzymania oraz eksploatacji Zakładu wchodzące w zakres obsługi kwalifikować jako usługi, dla których ustawodawca przewidział zastosowanie preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8%, co błędnie uczyniło Konsorcjum. Jednocześnie brak jest praktyki organów podatkowych potwierdzającej możliwość stosowania 8% stawki VAT w odniesieniu do świadczeń takich jak obsługa Zakładu. Co

prawda w obrocie funkcjonują dwie interpretacje indywidualne (dotyczące tego samego przedsięwzięcia), które mogłyby uzasadniać zastosowanie 8% stawki VAT w odniesieniu do selektywnie wybranych elementów omawianej obsługi Zakładu, jednak dokumenty te odnoszą się do innego stanu faktycznego (odmienny zakres usług) i nie mogą być traktowane jako wyraz praktyki organów podatkowych w stosunku do opodatkowania VAT świadczenia takiego jak przewidziane w Specyfikacji: wybrany w niniejszym postępowaniu wykonawca nie będzie właścicielem Zakładu, a jedynie będzie nim zarządzał na zlecenie

Zamawiającego. Nie będzie też właścicielem dóbr wytworzonych w procesie spalania i w konsekwencji nie będzie mógł nimi swobodnie dysponować. Co istotniejsze, spalanie odpadów w Zakładzie nie będzie stanowić jedynego celu dla Zamawiającego, a produkcja energii elektrycznej i ciepłej nie będzie jedynie procesem ubocznym prowadzonym w Zakładzie. Wykonawca będzie musiał zapewnić uzyskanie wskazanych przez Zamawiającego parametrów dotyczących produkcji energii elektrycznej i ciepła, wykonawca będzie wyłącznie wspierał Zamawiającego przy sprzedaży tych dóbr (oraz innych powstałych w toku procesu spalania) na rzecz osób trzecich. Nie będzie natomiast samodzielnie dokonywał sprzedaży dóbr, gdyż nie będzie ich właścicielem. Różnice pomiędzy zakresem usług świadczonych przez partnerów prywatnych w obu powyższych przypadkach są tak istotne, że pomimo iż przedsięwzięcia będą realizowane w tej samej formule partnerstwa publiczno-prywatnego, nie ma podstaw, aby stosować jakiekolwiek analogie między nimi przy rozstrzygnięciu o właściwej stawce VAT.

Tym samym zastosowanie do celów obliczenia Ceny Kontraktowej za Obsługę brutto stawki VAT w wysokości 8% stanowi nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny należnej za okres obsługi i z tego względu oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad. 3 – zarzut naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która nie odpowiada treści Specyfikacji ze względu na to, że treść załącznika nr 4 pod nazwą „Wysokość odpowiedzialności Partnera Prywatnego za utratę Dotacji Unijnej” jest niezgodna z pkt. VIII.3 Specyfikacji. W punkcie VIII.3 Specyfikacji Zamawiający przewidział, iż treść oferty musi odpowiadać treści Specyfikacji, a wzór załącznika nr 4 do formularza ofertowego był elementem

11

Specyfikacji. Powyższy formularz miał być uzupełniony (a nie zmieniony) przez oferentów. W załączniku tym Zamawiający nakazał oferentom wskazać maksymalną wysokość odpowiedzialności partnera prywatnego za utratę dotacji unijnej. Powyższa kwota była wykorzystywana przez Zamawiającego przy ocenie ofert w ramach podkryterium 2.1. Zarówno Odwołujący, jak i Konsorcjum zaproponowali tę samą wartość dla zmiennej MO (308.720.000,00 zł). Obok wskazania kwoty MO załącznik nr 4 służył również złożeniu przez oferentów oświadczenia potwierdzającego, że minimalna wartość odpowiedzialności partnera prywatnego za utratę całości lub części dotacji unijnej z tytułu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi partner prywatny, wynosi 20.000.000,00 zł. Jednak w załączniku tym powyższe oświadczenie zostało wykreślone. W związku z powyższym oferta Konsorcjum w zakresie oświadczeń przewidzianych w jej załączniku nr 4 nie odpowiada treści Specyfikacji, co zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezwzględną podstawą odrzucenia oferty Konsorcjum. Obok wykreślenia z załącznika nr 4 do Oferty Konsorcjum oświadczenia żądanego przez Zamawiającego Konsorcjum umieściło w tym załączniku oświadczenie o treści nieprzewidzianej przez Specyfikację, w brzmieniu: „maksymalna wartość odpowiedzialności partnera prywatnego za utratę całości lub części Dotacji Unijnej z tytułu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Partner Prywatny będzie przyjęta dla oceny w wysokości 308.720.000 PLN.” Powyższe oświadczenie ma zakres zastosowania identyczny z art. 2.4.9 umowy, ale ma niezgodne z nim brzmienie. Art. 2.4.9 umowy przewiduje, że kwota wskazana w załączniku nr 4 do oferty ogranicza odpowiedzialność partnera prywatnego za utratę całości lub części dotacji unijnej, jeżeli dojdzie do niej z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Ad. 4 – zarzut naruszenia 4. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji ze względu na dokonaną przez Konsorcjum manipulację w zakresie sposobu podziału wynagrodzenia należnego Konsorcjum w okresie obsługi Zakładu między część stałą wynagrodzenia oraz część zmienną wynagrodzenia. W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że działanie wykonawcy polegające na „przerzucaniu”

kosztów między usługami płatnymi ryczałtem miesięcznie i usługami, których ilość nie jest gwarantowana i budowaniu ceny w ten sposób, że cena za część stałą jest wygórowana, a cena za część zmienną, która może w ogóle nie zostać zlecona, jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami. Za czyn nieuczciwej konkurencji uznawana jest więc alokacja kosztów, która zawyża wysokość kosztów stałych. Taka

12

sytuacja zaistniała w ofercie Konsorcjum. Jak wynika z przygotowanej przez Odwołującego kalkulacji udziału kosztów stałych w całkowitych kosztach eksploatacji, przygotowanej na podstawie złożonej przez Konsorcjum oferty, udział kosztów stałych w kosztach eksploatacji ZTPO wynosi, w zależności od roku obsługi, od 65% (w latach 2027 do 2046) do 73% (w roku 2021). Tak wysoki udział kosztów stałych w kosztach eksploatacji ZTPO jest nie

tylko znacznie wyższy niż w ofercie Odwołującego, ale również jest istotnie wyższy od wskazywanej przez samo Konsorcjum średniej rynkowej kosztów stałych eksploatacji instalacji, która – w ocenie Konsorcjum – wynosi 50% ogółu kosztów jej eksploatacji. Tymczasem w swojej ofercie Konsorcjum pokazało koszty stałe na poziomie wyższym o blisko 20 p.p. od poziomu 50%. W ten sposób Konsorcjum niewątpliwie dopuściło się manipulacji w zakresie sposobu podziału wynagrodzenia między część stałą wynagrodzenia oraz część zmienną wynagrodzenia. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Działanie Konsorcjum związane z podziałem wynagrodzenia może być kwalifikowane jako sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagraża interesowi Zamawiającego. Zamawiający będzie bowiem zobowiązany do zapłaty na rzecz Konsorcjum wyższego wynagrodzenia niż wynikałoby to z uzasadnionych potrzeb wykonawcy prowadzącego Zakład w sposób typowy dla roztropnego przedsiębiorcy, czyli poprzez nadawanie większości własnych kosztów charakteru kosztów zmiennych.

Zgodnie z ustaleniami firmy Pöyry Management Consulting przyjęte w ofercie Odwołującego koszty stałe są wystarczające do odpowiedzialnej eksploatacji ZTPO, a ich wysokość jest rozsądna i usprawiedliwiona. Poziom tych kosztów jest znacznie niższy niż w ofercie Konsorcjum (o około 30%). Jednocześnie z opinii tej wynika, że nie są właściwe twierdzenia Konsorcjum, jakoby normalny udział kosztów stałych w ogólnych kosztach eksploatacji musiał wynosić przynajmniej 50%.

Ad. 5 – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która nie odpowiada treści Specyfikacji, ponieważ Konsorcjum w załączniku nr 3 w kolumnach „Produkcja ciepła ZTPO dla GPEC” wskazało ilości energii cieplnej, która będzie sprzedawana Gdańskiemu Przedsiębiorstwu Energetyki Ciepłej sp. z o.o., które faktycznie są niemożliwe do osiągnięcia.

W załączniku nr 3 do oferty Konsorcjum „Deklarowana ilość produkowanej energii elektrycznej i cieplnej”, w kolumnach „Moc ZTPO na potrzeby produkcji ciepła” (dotyczących różnych scenariuszy dostaw odpadów), Konsorcjum podało zawyżone dane dotyczące mocy turbiny na potrzeby produkcji ciepła w Zakładzie. Dane wskazane przez Konsorcjum

13

w załączniku nr 3 dla mocy turbiny na potrzeby produkcji ciepła nie są osiągalne ze względu na równoległą produkcję w zakładzie energii elektrycznej. Wynika to z obiektywnych i powszechnie uznawanych zasad technicznych mających zastosowanie do działania elektrociepłowni, o której szerzej mowa poniżej. Moc turbiny na potrzeby produkcji energii cieplnej podana przez Konsorcjum jest zawyżona, nie uwzględnia bowiem w sposób należyty i zgodny z zasadami techniki i wiedzy, redukcji mocy turbiny wynikającej z tego, że równoległe z produkcją ciepła w Zakładzie będzie prowadzone wytwarzanie energii elektrycznej. Prowadzi to do tego, iż dane dotyczące ilości ciepła produkowanego

w Zakładzie wskazane przez Konsorcjum w załączniku nr 3 są w istocie danymi brutto, a nie netto. Różnica między ilością ciepła produkowanego w Zakładzie netto i brutto sprowadza się do tego, że wartości brutto nie uwzględniają strat kondensacyjnych, są tym samym danymi obrazującymi wewnętrzną ilość ciepła produkowanego w Zakładzie, która podlega

jeszcze redukcji, a w związku z tym nie jest już osiągalna na granicy instalacji Zakładu, skąd mógłby ją pobrać GPEC.

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie ze Specyfikacją, w kolumnach „Produkcja ciepła ZTPO dla GPEC” powinny pojawić się dane odpowiadające wartości netto produkowanego ciepła. Konsorcjum mogło osiągnąć taki efekt urealnijając wartość mocy cieplnej turbiny podanej w kolumnie „Moc ZTPO na potrzeby produkcji ciepła” tak, aby uwzględniała ona zmniejszenia związane z prowadzonym równolegle procesem wytwarzania energii elektrycznej w granicach określonych referencyjnymi ilościami godzin produkcji, wskazanymi w kolumnie „Referencyjny czas pracy w określonym trybie”. Powyższy wymóg istniał, ponieważ wartość mocy turbiny wskazywana w kolumnie „Moc ZTPO na potrzeby produkcji ciepła” służyła, po zastosowaniu obligatoryjnych algorytmów obliczeniowych wprowadzonych przez Zamawiającego, do określenia ilości ciepła wyprodukowanej w Zakładzie, która będzie mogła być sprzedawana przez Zamawiającego bezpośrednio do odbiorcy ciepła, tj. GPEC. Nieuwzględnienie tej specyfiki musi być po stronie profesjonalisty działaniem zamierzonym, należy więc uznać, że Konsorcjum zamierzało podwyższyć zaprezentowane w załączniku nr 3 dane. Takie postępowanie należy uznać za naganne, stanowi ono bowiem przejaw manipulacji. Informacją, którą w wyniku wypełnienia przez oferentów załącznika nr 3 miał uzyskać Zamawiający, było wskazanie, jaką minimalną wielkość sprzedaży energii cieplnej do sieci GPEC będzie mógł uzyskać Zamawiający, musiały być to zatem dane odpowiadające realnemu osiągalnemu poziomowi sprzedaży ciepła przez Zakład. Dane zaprezentowane przez Konsorcjum nie są jednak danymi wskazującymi ilość ciepła, która będzie mogło zostać sprzedana na rzecz GPEC. Prezentują one ilość ciepła, która powstanie w Zakładzie u wylotu turbiny, ale nie ilość ciepła, która będzie mogła być udostępniona GPEC na granicy instalacji Zamawiającego.

14

Biorąc pod uwagę uniwersalną wiedzę o przebiegu procesów fizycznych, które będą zachodzić w Zakładzie oraz uwzględniając wiedzę branżową, według Odwołującego nie będzie możliwa sprzedaż ciepła na rzecz GPEC w ilościach wskazanych przez Konsorcjum w załączniku nr 3. Powyższe twierdzenie Odwołującego potwierdza zamówiona przez niego ekspertyza, którą Odwołujący załączył jako dowód.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum wypełniło świadomie kolumny „Moc ZTPO na potrzeby produkcji ciepła” w sposób sprzeczny ze Specyfikacją. Tym samym oferta Konsorcjum jako sprzeczna ze specyfikacją powinna zostać odrzucona.

Ad. 6 – zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która nie odpowiada treści Specyfikacji ze względu na niezgodne z punktem 1.4.2 Wymagań Zamawiającego wypełnienie załącznika do oferty Konsorcjum pod nazwą „Tabela Elementów Scalonych” poprzez wskazanie liczby „1” jako liczby środków trwałych danego typu, które zostaną użyte w Zakładzie, podczas gdy wymagane było podanie liczby środków trwałych faktycznie planowanych przez oferenta do użycia w Zakładzie.

Wykonawcy zobowiązani byli do uzupełnienia, w ramach załącznika nr 9 pod nazwą „Nakłady inwestycyjne i odtworzeniowe”, danych dotyczących elementów scalonych – środków trwałych. Zamawiający zdefiniował elementy scalone – środki trwałe w załączniku „Wymagania Zamawiającego” (pkt 1.4.2). Tabela Elementów Scalonych – Środków Trwałych ma stanowić zestawienie ilości i wartości środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych i ich istotnych komponentów, które zostaną zaprojektowane w Okresie Projektowania i zrealizowane w Okresie Budowy. Przy tym PFU jako załącznik nr 3 do Wymagań Zamawiającego stanowi integralną część Wymagań Zamawiającego. Sposób wypełnienia Tabeli musiał więc odpowiadać wymaganiom przedstawionym przez Zamawiającego w PFU.

W punkcie 1.4.2 Wymagań Zamawiającego Zamawiający wskazał, że Tabela uwzględniać powinna realizację wszystkich elementów zawartych w Kontrakcie dla Okresu Projektowania i Budowy, tj. wszystkich obiektów wraz z wyposażeniem oraz czynności i robót budowlanych związanych z ich wykonaniem, zamówieniem, dostawą, budową, montażem i uruchomieniem, tak, aby elementy te zostały wykonane poprawnie z punktu widzenia celu, jakiemu mają służyć, zgodnie z prawem, normami, zapisami projektów wykonawczych

i branżowymi specyfikacjami wykonania i odbioru robót budowlanych. Oznacza to, że jakiegokolwiek pominięcia i niezgodności pomiędzy wypełnioną przez wykonawców Tabelą a Wymaganiami Zamawiającego (i załącznikami do nich, w tym PFU), będą stanowiły o sprzeczności oferty zawierającej tak wypełnioną Tabelę ze Specyfikacją. Ponadto

15

wykonawca, jako profesjonalista, powinien zadbać o to, żeby Tabela wypełniona była w taki sposób, aby Zakład składający się ze wskazanych środków trwałych mógł służyć celom, dla których jest budowany. Tymczasem Konsorcjum wypełniło Tabelę w sposób sprzeczny z wyrażonymi wprost wymaganiami PFU. Ponadto, sposób wypełnienia niektórych pozycji Tabeli przez Konsorcjum przesądza o tym, że pewne elementy scalone nie będą mogły realizować celu, któremu w Zakładzie mają służyć. Po pierwsze, w punkcie 2.1.3.1 PFU „Rozładunek i przygotowanie odpadów – bunkier zasypowy Zamawiający wprost przewidział, że w Zakładzie powinna funkcjonować więcej niż jedna waga samochodowa do ważenia odpadów. W przywołanym punkcie PFU Zamawiający kilkakrotnie posługuje się liczbą mnogą w odniesieniu do tego elementu scalonego: „Pojazdy przywożące odpady do Instalacji będą ważone dwukrotnie (wjazd/wyjazd) na stanowiskach do ważenia pojazdów”; „Ilość wag samochodowych powinna być wystarczająca do płynnego ruchu pojazdów przywożących odpady. Zespoły stanowisk wagowych muszą mieć wystarczającą przepustowość do obsługi ruchu”; „Wagi samochodowe muszą być legalizowane (zatwierdzenie Głównego Urzędu Miar lub innego Organu Administracji pełniącego jego funkcje w przyszłości) z zakresem pomiarowym min. 60 Mg.”. Zamawiający nie wskazał w Specyfikacji dokładnej ilości wag samochodowych do ważenia odpadów, przesądził jednak o tym, że wag powinno być więcej niż jedna. Wskazanie konkretnej liczby wag Zamawiający pozostawił wykonawcom — profesjonalistom wyspecjalizowanym w budowaniu i zarządzaniu instalacją termicznego przekształcania odpadów. Jednocześnie dla Zamawiającego jasne było, że przy przewidywanej wielkości i parametrach Zakładu, powinny w nim działać co najmniej dwie wagi samochodowe. Zastosowanie jednej wagi samochodowej stanowić będzie „wąskie gardło” Zakładu. W przypadku bowiem awarii jedynej wagi nastąpią opóźnienia w dostawie odpadów, bez których Zakład nie może funkcjonować. Zastosowanie jednej wagi samochodowej oznacza także zwiększone ryzyko wypadku podczas manewrów ciężarówek dostarczających odpady. W załączniku nr 9 do oferty Konsorcjum wskazało jednak, że w ramach Ceny Kontraktowej za Projektowanie i Budowę zainstaluje jedynie jedną wagę do ważenia odpadów (poz. 1 Tabeli), co narusza wymienione powyżej postanowienia PFU i oznacza, że oferta jest sprzeczna ze Specyfikacją. Po drugie, podobnie Konsorcjum postąpiło w odniesieniu do prętów rusztowin (poz. 14 Tabeli), które mają zostać zastosowane w Zakładzie. Jak wynika z punktów 1.6.2.2 i 2.1.3.2.2 PFU, rusztowin do zastosowania w Zakładzie powinno być wiele, ponieważ Zamawiający używa w odniesieniu do nich liczby mnogiej. Zastosowanie jednego prętu rusztowiny jest niewykonalne pod względem technicznym. W takiej konfiguracji Zakład nie będzie mógł pełnić swoich funkcji. Po trzecie, niemożliwe jest zastosowanie jednej pompy skroplin, jak przewidziało to Konsorcjum w swojej ofercie (poz. 48 Tabeli). Zamawiający w punktach 1.7.3.6, 2.1.3.4.4

16

oraz 2.1.3.4 PFU wyraźnie przewidział, że pomp ma być więcej niż jedna. Inne rozwiązanie oznacza ryzyko ograniczenia dostępności instalacji. W przypadku awarii jedynej pompy skroplin nie będzie możliwości eksploatacji Zakładu, a element ten nie będzie prawidłowo spełniał swojego zadania.

Po czwarte, Zamawiający w punktach 2.1.3.4.10. PFU przewidział, że pompa wody zasilającej ma składać się z co najmniej trzech agregatów pompowych. Oznacza to, że wymogiem Zamawiającego jest, aby w Zakładzie zainstalowane były co najmniej trzy urządzenia pompujące wodę. Tymczasem Konsorcjum przewidziało zastosowanie tylko jednego agregatu pompowego (poz. 59 Tabeli).

Po piąte, w poz. 106 Tabeli „sygnalizacja przeciwpożarowa” Konsorcjum wskazało, że zainstaluje w Zakładzie jeden element sygnalizacji pożarowej. Rozwiązanie to zagraża bezpieczeństwu pożarowemu Zakładu i jest sprzeczne z punktem 2.1.2.9 PFU, zgodnie z którym wszystkie budynki technologiczne, administracyjno-socjalne, magazynowe na terenie

Zakładu wyposażone zostać powinny w określone przepisami instalacje i sprzęt przeciwpożarowy. Ponieważ budynków jest więcej niż jeden, oczywiste jest, że elementów systemu przeciwpożarowego musi być również więcej niż jeden, a czujniki i sygnalizatory powinny zostać rozmieszczone we wszystkich budynkach składających się na Zakład. Powyższe przykłady wskazują, że Konsorcjum nie wypełniło Tabeli należycie, dążąc zapewne do obniżenia wyceny proponowanych przez siebie rozwiązań kosztem zasad branżowych, bezpieczeństwa, a przede wszystkim kosztem zgodności Tabeli z Wymaganiami Zamawiającego i PFU. Wszystkie powyższe uchybienia załącznika nr 9 skutkują niezgodnością oferty Konsorcjum ze Specyfikacją i koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad. 7 – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która nie odpowiada treści punktu VIII.6 Specyfikacji ze względu na to, iż rubryka 65. tabeli „Fundusz Odtworzeniowy” stanowiąca część „Tabeli Elementów Scalonych” oraz załącznik nr 8 do oferty Konsorcjum pod nazwą „Nakłady inwestycyjne i odtworzeniowe” zawierają sprzeczne dane dotyczące roku, w którym dojdzie do wymiany serwera. Zgodnie z punktem VIII.6 Specyfikacji wraz z formularzem ofertowym Konsorcjum było zobowiązane złożyć Tabelę Elementów Scalonych wypełnioną zgodnie ze wzorem przedstawionym przez Zamawiającego. Ten sam punkt Specyfikacji przewidywał, że dane uzupełnione w Tabeli muszą być zgodne z odpowiednimi danymi podanymi przez Konsorcjum w formularzu ofertowym. Zatem błędem powodującym niezgodność oferty ze Specyfikacją jest dopuszczenie przez oferenta do sytuacji, w której te same dane będą

17

prezentowane w rozbieżny lub sprzeczny sposób w poszczególnych dokumentach tworzących ofertę. W ofercie Konsorcjum, w Tabeli oraz w formularzu ofertowym znajdują się dane rozbieżne. Powyższe dane dotyczą wymiany serwera, który jest jednym ze środków trwałych wchodzących w skład Zakładu. W poz. 65 Tabeli, w części „Fundusz Odtworzeniowy” Konsorcjum wskazało, że do wymiany serwera dojdzie w 2034 roku. Tymczasem w załączniku nr 8 Konsorcjum wskazało, że do powyższej wymiany dojdzie w 2036 roku. Powyższy stan rzeczy jest niezgodnością, o której mowa w punkcie VIII.6 Specyfikacji. Wystąpienie powyższej niezgodności stanowi podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum. Ze względu na charakter niezgodności Zamawiający nie mógł podjąć działań mających na celu usunięcie jej jako podlegającej poprawieniu, nie posiadał bowiem wiedzy i nie mógł rozstrzygnąć, czy intencją Konsorcjum jest dokonanie wymiany serwera w roku 2034, czy w roku 2036.

Ad. 8 – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która nie odpowiada treści punktu 1.4 PFU, ponieważ zadeklarowany przez Konsorcjum poziom zużycia energii na potrzeby własne Zakładu, poziom zużycia wody w Zakładzie oraz ilość ścieków wobec używanej w Zakładzie wody nie uwzględnia zastosowania oczekiwanych przez Zamawiającego najlepszych rozwiązań dostępnych na rynku (Best Available Technology) w zakresie redukcji tych poziomów. Zgodnie z punktem 1.4 PFU wymogiem Zamawiającego jest, aby zaprojektowany i wybudowany Zakład był zgodny z zaleceniami najlepszej dostępnej techniki BAT (Best Available Technology), zawartymi w dokumencie referencyjnym Komisji Europejskiej (tzw. BREF) opracowanym dla spalania odpadów. Najlepsze dostępne technologie to metody i zasady prowadzenia działalności, wskazujące na praktyczną możliwość zastosowania danych technologii do zapewnienia podstaw dla określania granicznych wartości emisji. Obejmują zarówno zastosowaną technologię, jak i sposób zaprojektowania danej instalacji. Przez „dostępność” technologii należy rozumieć, że są one opracowane w stopniu pozwalającym na wprowadzenie ich do danego sektora przemysłu, na warunkach ekonomicznie i technicznie uzasadnionych, przy uwzględnieniu kosztów i korzyści, niezależnie od tego, czy technologie te są, czy też nie są wykorzystywane i opracowywane w danym państwie. W związku z tym, w celu oceny zgodności ze Specyfikacją, oferta

Konsorcjum podlega również badaniu pod kątem spełniania przez nią przewidzianego przez Zamawiającego kryterium zgodności z BAT. Treść oferty Konsorcjum wskazuje, że w planowanym do wybudowania przez Konsorcjum Zakładzie nie zostaną zastosowane najlepsze dostępne technologie.

18

Zapotrzebowanie własne Zakładu na energię w ofercie Konsorcjum (odzwierciedlone przez wskaźnik Ezr w załączniku nr 6) jest nieproporcjonalnie wysokie w stosunku do innych instalacji o podobnych do Zakładu parametrach. Odwołujący przeprowadził analizę danych zawartych w ofercie w celu określenia poziomu własnego zapotrzebowania Zakładu na energię elektryczną podczas zmiennego czasu eksploatacji wskazanego w ofercie. Wartości, które Odwołujący przyjął, dotyczyły okresu wymaganej dostępności czasowej Zakładu, tj. 7 800 h/rok. W wyniku analizy (prowadzonej na podstawie układu równań) Odwołujący ustalił, że własne zapotrzebowanie na energię elektryczną Zakładu zaprojektowanego przez Konsorcjum wynoszące ok. 400 MWh zostało skalkulowane jako stałe i jest zaplanowane na okres bezeksploatacyjny do podstawowego zaopatrywania całej instalacji i budynków oraz do celów kontrolno-naprawczych. Zmienne zapotrzebowanie wynosi ok. 148 kWh na tonę odpadów. Stały udział w tej samej wysokości, co w przypadku pełnego roku eksploatacji, Konsorcjum przyjęło również w pierwszym, niepełnym roku eksploatacji Zakładu (eksploatacja będzie trwała jeden kwartał, a nie 12 miesięcy), choć nie jest to wcale wymagane ze względu na ilość odpadów (27.960 ton w 2021 roku). Świadczy to o nieprawidłowym wypełnieniu przez Konsorcjum załącznika nr 6 w tym zakresie. Nieracjonalnie wysokie własne zapotrzebowanie na energię elektryczną Zakładu planowanego przez Konsorcjum oznacza, że urządzenia, które Konsorcjum planuje zastosować w Zakładzie, nie odpowiadają najlepszym dostępnym technologiom. Dodatkowo tak wysokie zapotrzebowanie na energię elektryczną powoduje zawyżenie kosztów, które wykonawca będzie przynosił na Zamawiającego. Zgodnie bowiem z punktem 2.4 Mechanizmu Wynagradzania wykonawca będzie przynosił na Zamawiającego faktycznie poniesione koszty zużycia energii elektrycznej. Z uwagi na zastosowanie najlepszych dostępnych technologii faktycznie poniesione koszty zużycia energii elektrycznej w przypadku rozwiązań przyjętych przez Odwołującego byłyby radykalnie niższe niż te przyjęte przez Konsorcjum. Zawyżone zużycie energii wpływać będzie również szkodliwie na środowisko.

Grupa EEW, do której należy Odwołujący, w instalacjach, którymi operuje, stosuje najlepsze dostępne technologie. Zgodnie z danymi dotyczącymi referencyjnych instalacji Grupy EEW z 1 linią do przetwarzania odpadów, średnie zużycie energii wynosi w zależności od zakładu: 75 kWh/t, 78 kWh/t, 119 kWh/t, 65 kWh/t, 88 kWh/t, 85 kWh/t. Wartości podane w ofercie Konsorcjum są więc wyższe o ponad 70% od wartości podanych dla porównywalnych instalacji Grupy EEW, gdzie stosowane są najlepsze dostępne technologie. Bardzo wysokie zużycie energii elektrycznej w Zakładzie wskazane przez Konsorcjum w porównaniu z podobnymi instalacjami, które funkcjonują, dowodzi, że Konsorcjum, w swojej ofercie nie kierowało się zasadą zastosowania najlepszej dostępnej technologii, a tym samym naruszyło pkt 1.4 PFU.

19

W załączniku nr 6 do oferty Konsorcjum wskazało w ramach parametru Wzr (wolumen wody na potrzeby własne Zakładu) wartości odpowiednio 10.131 m³ (w 2021 r.), 37.457 m³ (w latach 2022 – 2026), 49.332 m³ (w latach 2027 – 2045) oraz 37.896 m³ (w 2046 r.). W punkcie 9.1.2.1 załącznika 12 do PFU Zamawiający określił szczytowe zapotrzebowanie na wodę na cele socjalno-bytowe

na poziomie 2.226,5 m³ rocznie. Tymczasem Konsorcjum przyjęło wolumen zużycia wody o rząd wielkości wyższy. Oznacza to, że Konsorcjum zaplanowało przenoszenie na Zamawiającego kosztów wody przeznaczonej do celów przemysłowych, mimo iż punkt 11 załącznika nr 12 do PFU „Warunki techniczne dostawy wody i odbioru ścieków” przewiduje, że istniejące przyłącze umożliwia jedynie pobór wody na cele bytowo-sanitarne.

W celu zaopatrzenia instalacji w wodę konieczne jest poniesienie w toku budowy nakładów na rozbudowę infrastruktury, a następnie – w toku obsługi – na jej utrzymanie. Opierając się

na doświadczeniach Grupy EEW Odwołujący przewidział w swojej koncepcji Zakładu budowę studni do poboru wody. Taki wybór odpowiada praktyce branżowej i gwarantuje Zamawiającemu korzystne rozwiązanie problemu zaopatrzenia Zakładu w wodę bez obciążania Zamawiającego zbędnymi kosztami. Odwołujący uzyskał nawet w tym kontekście opinię eksperta posiadającego doświadczenia w zakresie budownictwa oraz we wdrażaniu projektów instalacji podobnych do Zakładu, która potwierdza standardowość przyjętego przez Odwołującego rozwiązania. Stosując rozwiązanie polegające na budowie studni na terenie Zakładu Odwołujący przyjął na siebie ryzyko finansowe związane z planowanym rozwiązaniem. Koszty budowy i obsługi studni zostały bowiem uwzględnione w wynagrodzeniu wskazanym przez Odwołującego w jego ofercie.

Poprzez zastosowanie rozwiązania, które nie odpowiada najlepszym technologiom dostępnym na rynku, planowany przez Konsorcjum Zakład zostanie wybudowany w sposób niezgodny ze Specyfikacją. Zastosowanie przez Konsorcjum nienowoczesnych, a przez to tańszych, rozwiązań miało niewątpliwie wpływ na kalkulację kosztową oferty Konsorcjum. Oznacza to, że postępując wbrew wymaganiom Specyfikacji nakazującym wykonawcom korzystanie z najlepszych dostępnych technologii, oferta Konsorcjum uzyskała nieuzasadnioną przewagę cenową nad ofertą Odwołującego.

Ad. 9 – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która nie odpowiada treści Specyfikacji ze względu na wskazanie niższej niż faktyczna ilości odpadów poprocesowych, które będą powstawać w Zakładzie wobec ilości odpadów, które będą w nim przetwarzane. Punkt 2.3 Mechanizmu Wynagradzania Wykonawcy w Okresie Obsługi przewiduje, że jednym z elementów wzoru służącego obliczaniu miesięcznej opłaty zmiennej należnej

20

wykonawcy jest czynnik Pr. Czynnik Pr to udział pozostałości poprocesowych (określony w %) do masy odpadów umownych. Oferenci byli zobowiązani wskazać wartość tego czynnika dla poszczególnych lat kalendarzowych okresu obowiązywania umowy. Wartość tę oferenci byli zobowiązani przedstawić w załączniku nr 7 do oferty. Konsorcjum określiło wartość czynnika Pr na 5,0%. W ocenie Odwołującego określenie wysokości czynnika Pr

(ilość odpadów poprocesowych obejmujących popioły kotłowe, popioły lotne i pozostałości oczyszczania gazów spalinowych jako % wejściowej ilości odpadów) na poziomie 5% zostało dokonane przez Konsorcjum błędnie, a podana wartość nie jest realistyczna, gdyż rzeczywista zależność między ilością poprocesowych a masą odpadów przetwarzanych będzie zdecydowanie wyższa niż 5%.

Odwołujący ma dostęp do danych statystycznych posiadanych przez Grupę EEW, która czerpie dane eksploatacyjne z 18 spalarni odpadów zarządzanych przez tę grupę od kilkudziesięciu lat. W celu określenia realistycznych ilości odpadów poprocesowych, które będą powstawać w Zakładzie, Odwołujący porównał dane dotyczące instalacji zarządzanych przez podmioty z Grupy EEW, w których stosuje się co do zasady podobne technologie oczyszczania gazów spalinowych, jak również przetwarza odpady o porównywalnych parametrach jak te, które będą używane i przekształcane w Zakładzie. Dane zebrane przez Odwołującego wskazują, że proporcja między ilością odpadów poprocesowych a ilością odpadów przetwarzanych w instalacjach zarządzanych przez podmioty z Grupy EEW wynosi około 7%, a nie 5%, które przyjęło Konsorcjum. Różnica między danymi posiadanymi przez Odwołującego a wielkością procentową wskazaną przez Konsorcjum jest zatem bardzo duża.

Zamawiający wskazał w Specyfikacji, że po 5 latach eksploatacji Zakładu oceni, czy rentowna byłaby utylizacja odpadów poprocesowych przez niego samego. Dla tej oceny istotna będzie wiedza o faktycznie powstającej w Zakładzie ilości pozostałości poprocesowych. W tym kontekście nie ulega wątpliwości, że zgodnie ze Specyfikacją Zamawiający oczekiwał podania w załączniku nr 7 takiej ilości odpadów poprocesowych, która będzie faktycznie powstawać w Zakładzie. Wartość czynnika Pr nie uwzględniająca ilości odpadów poprocesowych, która rzeczywiście powstawać będzie w oznacza powstanie bardzo istotnego ryzyka ekonomicznego dla Zamawiającego. Ilustruje to dobrze następujący przykład. Przykładowo, przy zakładanym przez Konsorcjum koszcie utylizacji równym 454 zł za tonę odpadów poprocesowych dla ilości odpadów wynoszącej 160.000 Mg rocznie

pomnożonej przez wartość czynnika Pr, różnica między ilością odpadów poprocesowych zakładaną przez Konsorcjum oraz uznawaną za rzeczywistą przez ITPOK (w wysokości 2 p.p.) oznacza różnicę w kosztach utylizacji na poziomie 1,45 mln zł rocznie. W ocenie Odwołującego Konsorcjum będzie mogło podnosić roszczenia o zapłatę tej kwoty na podstawie art. 17.6 umowy. Przed powyższym niebezpieczeństwem Zamawiającego chroniło

21

wyłącznie poprawne oszacowanie przez oferenta ilości odpadów poprocesowych, które będą powstawać w zakładzie i wskazanie jej w ofercie. Tym samym zgodnie ze Specyfikacją w odniesieniu do czynnika Pr należało podać w ofercie szacowane dane rzeczywiste, a nie całkowicie hipotetyczną wartość. Z tego względu oferta Konsorcjum, która nie zawiera oszacowanych danych rzeczywistych dotyczących ilości odpadów poprocesowych, które będą powstawać w Zakładzie, jest sprzeczna ze Specyfikacją na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zasługuje na odrzucenie.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Ad. zarzutu nr 1 i 2: Zdaniem Zamawiającego jest to omyłka, które mogła zostać i została poprawiona – Zamawiający nie precyzował dokładnie, na jakiej podstawie z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż ma ona charakter mieszany, tj. pomylenia cyfry 2 i 9. W trakcie badania oferty Zamawiający dokonywał sprawdzenia kwoty, ale ze względu na to, że 2 i 9 powtarzały się dwukrotnie obok siebie, nie zauważył tego błędu, tym bardziej, że nie miał on wpływu na sumę ostateczną. Charakter omyłki nie budził wątpliwości Zamawiającego, jak też sposób jej poprawienia, a stawki VAT podano w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Wynik oceny oferty z dostrzeżoną pomyłką i bez niej jest identyczny.

Poza tym Zamawiający i tak porównywał kwoty netto, zgodnie z punktem XI ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem omyłka nie ma znaczenia dla oceny oferty. Zgodnie z umową zapłaci wykonawcy wynagrodzenie netto, a podatek zostanie doliczony zgodnie z prawem obowiązującym w momencie wystawienia faktury. Postępowanie toczy się na podstawie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, więc nie ma zastosowania definicja ceny z ustawy Prawo zamówień publicznych i istniejące w tym zakresie orzecznictwo Sądu Najwyższego. Sąd Najwyższy odpowiedział na pytanie sądu okręgowego, w którym nie było wątpliwości, że VAT był elementem cenotwórczym podlegającym ocenie i z tego powodu sąd wziął pod uwagę porównywalność ofert i uczciwą konkurencję. Natomiast nie ma znaczenia przy ocenie ofert w niniejszym postępowaniu. W jego ocenie VAT nie powinien być przesłanką do odrzucenia oferty, bo nie ma znaczenia dla tej oferty. Jego zdaniem przy wycenie okresu obsługi zastosowanie ma stawka 8%. Celem działania jest odbiór i utylizacja odpadów poprzez ich spalanie, reszta to pochodne, samo zaś utrzymanie zakładu służy temu, by działało spalanie.

22

Ad. zarzutu nr 3: Nie ma zastrzeżeń co do żadnego z formularzy przedstawionego przez wykonawców, ponieważ istotna w nim była kwota do wpisania w tabeli. Uwagi pod tabelą nie mają znaczenia dla treści oferty.

Ad. zarzutu nr 4: Powodem manipulacji ceną oferty jest chęć poprawienia pozycji swojej oferty w rankingu ofert, natomiast Przystępujący tak alokował ryzyka, że przegrał z Odwołującym, który przyjął odwrotną filozofię wyceny. Opłata za okres obsługi jest wynikiem wypełnienia formularza. Wynik, czyli kwota wynagrodzenia będzie zależała od ilości odpadów dostarczonych przez Zamawiającego. Istnieje ryzyko, że odpadów tych będzie za mało, dlatego Zamawiający dokonał podziału na koszty stałe i zmienne. Jeśli zapewni maksymalną ilość odpadów, to przy założeniach przyjętych przez Przystępującego zapłaci mniej niż przy założeniach Odwołującego. Każda z firm mogła ustalić swoje ryzyko biznesowe i żadna z ofert nie narusza dobrych obyczajów. Jego zdaniem obie oferty były atrakcyjne w tym zakresie.

Wykres załączony do pisma Przystępującego z 13 października 2017 r. wskazuje na porównywalność ofert pomimo różnicy założeń. W skardze do sądu sam Odwołujący

wskazuje, że przyjęte założenia wynikają z rozwiązań biznesowych, które przyjął każdy z wykonawców. Nie jest prawdą, że Zamawiający zapłaciłby więcej przy kosztach stałych określonych przez Przystępującego.

Ad. zarzutu nr 5: Celem Zamawiającego nie było uzyskanie informacji o wydajności turbin, tylko jak się będzie rozliczał z wykonawcą. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał dwa rodzaje parametrów, które ma wskazać i uzyskać wykonawca: 1) parametry gwarantowane bezwzględnie – ich nieuzyskanie spowoduje nieodebranie instalacji przez Zamawiającego, 2) parametry gwarantowane, wśród których jest produkcja ciepła i energii – Zamawiający musi otrzymać od wykonawcy zadeklarowaną ilość energii lub też pieniężny ekwiwalent wartości tej energii.

W załączniku nr 3 Przystępujący nie podał, jaką turbinę oferuje, załącznik został sporządzony do celów ekonomicznych, a nie technicznych. Wyjaśnia, iż wykonawca wypełniał tylko kolumny „moc el. ZTPO” – dane w niej podane to moc turbiny, o której mówił Odwołujący. Zamawiający nie żądał przedstawienia koncepcji technologicznej (dlatego wybrał formę partnerstwa publiczno-prywatnego, a ryzyko przerzucił na wykonawcę), zatem nie ma danych, na podstawie których może potwierdzić lub zaprzeczyć danym wskazanym w ofercie, a wykonawca będzie finansowo odpowiedzialny za uzyskanie zadeklarowanego wyniku. Zauważa, że jest to różnica tylko kilku procent i są to pomijalne różnice przy technologiach. Wskazane w tym zarzucie dane były wykorzystywane w podkryterium 2.2. i

23

2.3, w których wykonawcy uzyskali odpowiednio: Odwołujący 5 i 4,42 pkt, a Przystępujący 1,39 i 5 pkt.

Bez schematów technologicznych trudno jest zweryfikować kwestie technologiczne.

Ad. zarzutu nr 6: Dopiero na końcu realizacji kontraktu Zamawiający i wykonawca ustalą liczbę środków trwałych, zatem trudno też odnosić się do sztuk poszczególnych urządzeń. Oczywiście jest, że waga musi być więcej niż jedna, ale w klasyfikacji materiałowej wszystkie wagi mogą stanowić jeden środek trwały. Liczbę mnogą łatwiej zastosować w opisie, był to więc tylko środek językowy. W Tabeli Elementów Scalonych było istotne, kiedy będzie musiał wymieniać środki trwałe.

Zamawiający nie miał wątpliwości co do wartości kwot podanych w poszczególnych pozycjach stwierdził, iż będzie odbierał całą instalację i nie odnosił się do konkretnych jednostkowych elementów. W odwołaniu nie ma też zarzutu, że podane kwoty są zbyt niskie. W funduszu odtworzeniowym Przystępujący wskazał tylko serwer, pozostałe elementy nie były przewidziane do wymiany w okresie realizacji umowy.

Środek trwały w rozumieniu ustawy o rachunkowości, na którą się powołał, może obejmować zarówno pojedyncze sztuki, jak i ich zestawy. W art. 1.2.1b umowy wskazał, że określenia użyte w licznie pojedynczej należy odnosić do liczby mnogiej, a podane w licznie mnogiej również do liczby pojedynczej.

Ad. zarzutu nr 7: W pozycji dotyczącej serwera nie ma błędu, wykonawca wypełnił tabelę zgodnie z założeniami przyjętymi przez Zamawiającego. Rzeczywiście, w jednej tabeli Zamawiający liczył lata od roku 2017, a w drugiej od 2020. Natomiast chodziło o lata nie w znaczeniu daty, tylko lata od rozpoczęcia okresu obsługi – w obu wypadkach było to 15 lat, co również wynikało z ww. tabel. W punkcie X ust. 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny Zamawiający określił, kiedy ma nastąpić moment rozpoczęcia procedury odtworzeniowej.

Ad. zarzutu nr 8 i 9: Zamawiający nie ma danych dotyczących parametrów. Zamawiający w specyfikacji odnosił się do dokumentu referencyjnego sporządzonego przez UE, który pochodzi z sierpnia 2006 roku. Zużycie wody zależy od wielu procesów zastosowanych przez wykonawców. Jeśli wykonawca zamierza wykopać studnię, to trudno mówić o zużyciu wody, ponieważ chodzi o to, ile Zamawiający zapłaci zakładowi wodociągów i kanalizacji. Odwołujący wskazał dane znacznie korzystniejsze dla oceny oferty. Zamawiający nie może wymagać tylko jednej „najlepszej” technologii. Zarzut ten nie został wykazany. Nikt nie wie, jakie odpady dostarczy Zamawiający, więc wykonawcy przyjmowali pewne założenia.

24

W punkcie 17.1.1j warunków umownych Zamawiający wskazał, że istnieje możliwość zmiany decyzji środowiskowej na ryzyko wykonawcy. Zwrócił też uwagę, że np. budowa ujęcia wody, którą założył Odwołujący, również nie jest objęta decyzją środowiskową. Bez schematów technologicznych trudno jest zweryfikować kwestie technologiczne, dlatego nie może się wypowiedzieć w sprawach jak np. dotyczących

emisji spalin. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia specjalnie pomija wskazywanie w ofercie kwestii technologicznych pozostawiając je wykonawcom do rozwiązania na etapie realizacji obiektu. Dane podawane w ofercie dotyczą tego, za ile wody i energii będzie musiał zapłacić Zamawiający, a nie, ile ich zużyje wykonawca. Jeżeli zużyje ich więcej niż wskazał w ofercie, będzie musiał pokryć koszty w tym zakresie. Ilość odpadów poprocesowych zależy od jakości odpadów dostarczonych przez Zamawiającego do spalenia, a nie wiadomo, jaka będzie ich jakość. Zamawiający nie potrafi więc określić, czy przyjęte założenia są poprawne, czy nie. Jego zdaniem różnica pomiędzy ofertami nie jest wielka.

III Stanowisko Przystępującego

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że kwestia stawki podatku VAT była przedmiotem rozważań Izby w wyroku z 11 sierpnia 2017 r., w którym Izba uznała, iż to właśnie stawka VAT 23% zastosowana przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu w zakresie składnika „Cena Kontraktowa za obsługę” jest nieprawidłowa, zaś prawidłową stawką jest 8%.

Analogicznie sytuacja dotyczy stawianego przez Odwołującego zarzutu nr 4 w związku z rzekomym popełnieniem przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji ze względu na rzekomo dokonaną przez Przystępującego manipulację w zakresie sposobu podziału wynagrodzenia w okresie obsługi zakładu między część stałą wynagrodzenia oraz część zmienną wynagrodzenia. Izba uznała wówczas, iż to Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji ceną oferty poprzez sprzeczny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia rozkład wynagrodzenia pomiędzy częścią stałą i zmienną w okresie obsługi, co doprowadziło do sztucznego zaniżenia elementu wynagrodzenia Odwołującego, będącego przedmiotem oceny oferty w ramach podkryterium 3.1 (wysokość stałej opłaty głównej).

Tym samym, w wyroku z 11 sierpnia 2017 r. Izba przesądziła, co do zasady zarówno, że prawidłową stawką podatku VAT w zakresie składnika „Cena Kontraktowa za Obsługę” jest stawka zastosowana przez Przystępującego, tj. 8%, oraz przesądziła kwestie zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia rozkładu kosztów stałych i zmiennych w okresie obsługi zakładu, uznając, że to model rozkładu kosztów zastosowany przez

25

Odwołującego był nieprawidłowy i niezgodny ze specyfikacją oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ad. zarzutu nr 1: Odwołujący twierdzi, iż oferta Przystępującego zawiera nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny w zakresie składnika „Cena Kontraktowa za Projektowanie brutto”, gdyż

Przystępujący zastosował do jej obliczenia błędną, nieistniejącą, stawkę podatku VAT w wysokości 22,3%, a w konsekwencji zawiera błąd w obliczeniu całej „ceny ofertowej brutto”. Zarzut ten należy uznać za bezzasadny, w szczególności za bezzasadne należy uznać twierdzenie, jakoby błędem w obliczeniu ceny dotknięta była cała „cena ofertowa brutto”.

Zgodnie z treścią formularza ofertowego wykonawcy byli zobowiązani podać w ofercie następujące wartości:

- 1) [Całkowita] Cena ofertowa netto,
- 2) [Całkowita] Cena ofertowa brutto, na którą składają się:
 - 1) Cena Kontraktowa za Projektowanie: a) wartość netto, b) wartość podatku od towarów i usług (VAT), c) wartość brutto;
 - 2) Cena Kontraktowa za Budowę: a) wartość netto, b) wartość podatku od towarów i usług (VAT), c) wartość brutto;
 - 3) Fundusz Odtworzeniowy: a) wartość netto, b) wartość podatku od towarów i usług VAT,

c) wartość brutto;

4) Cena Kontraktowa za Obsługę: a) wartość netto, b) wartość podatku od towarów i usług (VAT), c) wartość brutto.

Zgodnie z treścią formularza ofertowego Przystępującego w składniku „Cena Kontraktowa za Projektowanie” podał on następujące wartości: Cena Kontraktowa za Projektowanie netto 9.999.900,00 PLN, podatek od towarów i usług w wysokości 2.229.977,00 PLN i brutto 12.229.877,00 PLN.

Na skutek omyłki pisarskiej i jednocześnie omyłki rachunkowej, która powstała podczas przepisywania kwoty podatku VAT do formularza ofertowego, wykonawca omyłkowo podał wartość: „2.229.977,00 PLN” zamiast wartości „2.299.977,00 PLN”, w konsekwencji omyłką pisarską i rachunkową obarczona została również kwota brutto składnika „Cena Kontraktowa za Projektowanie”, która w formularzu ofertowym została określona jako: 12.229.877,00 PLN (tj. suma ceny netto 9.999.900,00 PLN oraz zawierającej omyłkę pisarską wartości podatku VAT w kwocie „2.229.977,00 PLN”, zamiast wartości 12.999.877,00 PLN).

Niezależnie od powyższego niezgodne z prawdą jest twierdzenie Odwołującego, jakoby całkowita cena oferty była dotknięta błędem w obliczeniu ceny. W formularzu ofertowym ujęta została cena całkowita w kwocie netto: 1.195.464.781,00 PLN oraz brutto: 1.360.680.100,53 PLN, która jest sumą poszczególnych składników ceny ofertowej zgodnie

26

z prawidłowo przyjętą i obliczoną stawką podatku VAT. Całkowita cena brutto wpisana w ofercie Przystępującego odpowiada sumie składników ceny ofertowej, w tym kwocie brutto „Ceny Kontraktowej za Projektowanie” obliczonej przy przyjęciu stawki podatku VAT 23% dla składnika „Cena Kontraktowa za Projektowanie”, tj. cenie brutto 12.299.877,00 PLN. Tym samym całkowita cena oferty, podlegająca ocenie w ramach kryterium oceny ofert została skalkulowana prawidłowo, zgodnie z obowiązującymi w Polsce stawkami podatku VAT. Jednocześnie omyłka dotycząca wartości podatku VAT oraz kwoty brutto składnika „Cena Kontraktowa za Projektowanie” nie ma żadnego przełożenia na ocenę lub porównywalność ofert złożonych w postępowaniu, ponieważ składnik „Cena Kontraktowa za Projektowanie” nie podlegał ocenie w ramach kryterium oceny ofert oraz nie stanowił punktu odniesienia dla porównywalności ofert.

Powyższe potwierdza również, że podana w formularzu oferty kwota podatku VAT dla składnika „Cena Kontraktowa za Projektowanie” (tj. 2.229.977,00 PLN) oraz „Cena Kontraktowa za Projektowanie” w kwocie brutto (tj. 12.229.877,00 PLN) nie jest, jak twierdzi Odwołujący, wynikiem przyjęcia nieistniejącej stawki podatku od towarów i usług w wysokości 22,3%, ale jest wynikiem omyłki pisarskiej, która powstała podczas przepisywania kwoty podatku VAT do formularza ofertowego oraz omyłki rachunkowej wynikającej z sumowania Ceny Kontraktowej za Projektowanie w kwocie netto oraz omyłkowo podanej kwoty podatku VAT dla tego składnika. Gdyby bowiem w całkowitej cenie brutto została ujęta obarczona błędem kwota „Ceny Kontraktowej za Projektowanie”, to wówczas w formularzu oferty powinna znaleźć się całkowita cena brutto w kwocie: „1.360.610.100,53 PLN”. Taka kwota w formularzu ofertowym jednak nie występuje.

Powyższą omyłkę zidentyfikował również sam Zamawiający i w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonał jej poprawienia jako omyłki, która ma charakter oczywisty i łatwy do zidentyfikowania. Jak wskazał Zamawiający w piśmie z 28 września 2017 r. „niezależnie od przyjęcia, czy jest to omyłka pisarska, czy rachunkowa, czyli czy stanowi błędny wynik operacji matematycznej, czy też pomyłkowo użyty znak graficzny (w obydwu kwotach zamiast cyfry „9” użyto omyłkowo cyfry „2”) ma on charakter omyłki oczywistej, tzn. takiej, która daje się usunąć poprzez zastosowanie prawidłowego działania matematycznego lub zastosowanie prawidłowego znaku graficznego”. O oczywistości tej omyłki świadczy fakt, że ogólna wartość podatku od towarów i usług oraz ogólna suma wynagrodzenia brutto wskazana w ofercie jest prawidłowa, tzn. uwzględnia poprawnie wyliczone lub zaprezentowane wartości podatku i kwoty brutto punktu 1).”

W powyższym kontekście za bezzasadną należy uznać argumentację Odwołującego dotyczącą zastosowania błędnej stawki podatku VAT w wysokości 22,3% oraz powołane przez Odwołującego orzecznictwo KIO. Jak zaznaczył sam Odwołujący, stawka podatku VAT w Polsce wynosi 23%, a polskie przepisy o VAT przewidują dla niektórych świadczeń

27

obniżone stawki podatku VAT, wyłącznie wysokości 8%, 5%, 0% lub zwolnienie z VAT. Tym samym oczywistym jest, iż wykonawca nie mógłby zastosować stawki podatku VAT w wysokości „22,3%”. Z kolei orzecznictwo, na które powołuje się Odwołujący, dotyczące braku możliwości skorygowania błędnej stawki podatku VAT w ramach usuwania oczywistej omyłki rachunkowej, czy innej omyłki, dotyczy odmiennych stanów faktycznych, w których wykonawca zastosował błędnie preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 8% zamiast 23%, co miało również przełożenie na cenę całkowitą oferty w kwocie brutto, ustaloną przy przyjęciu stawki podatku VAT w niewłaściwej wysokości.

Ad. zarzutu nr 2: Zgodnie z zarzutem sformułowanym przez Odwołującego oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny w zakresie składnika „Cena Kontraktowa za Obsługę”, gdyż Przystępujący obliczając kwotę podatku od towarów i usług dla tego składnika zastosował nieprawidłową, w ocenie Odwołującego, stawkę podatku VAT w wysokości 8%.

Kwestia stawki podatku VAT, jaka powinna znaleźć zastosowanie dla obliczenia ceny brutto składnika „Cena Kontraktowa za Obsługę” była przedmiotem zarzutu odwołania z 24 lipca 2017 r. Przystępujący postawił wówczas zarzut, iż stawka VAT 23% jest stawką nieprawidłową, a zarzut ten został przez KIO uwzględniony w wyroku z 11 sierpnia 2017 r. W konsekwencji m.in. uwzględnienia tego zarzutu, oferta Odwołującego została odrzucona jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Izba uznała wówczas, iż to właśnie stawka VAT zastosowana przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu, a więc VAT 8%, jest stawką prawidłową: „Opierając się na zgromadzonym materiale dowodowym Izba uznała, że właściwą stawką podatku VAT w zakresie ceny kontraktowej za obsługę jest stawka 8%”. W kontekście rozstrzygnięcia Izby z 11 sierpnia 2017 r. należy uznać, iż kwestia właściwej stawki podatku VAT dla ceny kontraktowej za obsługę została przesądzona. Izba uznała bowiem, że właściwą stawką podatku VAT jest stawka 8%, którą obecnie Odwołujący kwestionuje. Tym samym powyższa kwestia ma powagę rzeczy osądzonej. Całość argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu jest zaś powtórzeniem argumentów, których Odwołujący używał w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 1536/17, a które zostały ocenione przez Izbę jako niezasadne. Nie jest prawdą twierdzenie Odwołującego, jakoby Izba w wyroku z 11 sierpnia 2017 r. nie przesądziła, że stawka VAT 8% jest stawką prawidłową.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego należy wskazać, iż pomiędzy Odwołującym i Przystępującym nie ma sporu co do tego, iż na usługę świadczoną przez wykonawcę w okresie Obsługi składa się kilka świadczeń związanych z zarządzaniem, utrzymaniem oraz eksploatacją zakładu termicznego przekształcania odpadów w Gdańsku. Zgodnie z punktem 1.1.84 Warunków Umownych termin „usługi” oznacza świadczone przez wykonawcę

w Okresie Obsługi usługi w zakresie: (i) odbioru Frakcji od RIPOK, (ii) prowadzenia termicznego przekształcania Frakcji w Instalacji, (iii) produkcji ciepła oraz energii elektrycznej, (iv) utrzymania i konserwacji Instalacji zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego oraz wykonywanie wszystkich innych obowiązków Wykonawcy przewidzianych w umowie. W związku z powyższym pomiędzy stronami nie ma sporu co do tego, że świadczona usługa

Obsługi ma charakter złożony. Niemniej jednak, istotą sporu jest to, czy w przypadku usługi kompleksowej zastosowanie znajdzie stawka podatku VAT 23% – jak twierdzi Odwołujący, ponieważ z wielu świadczeń nie można wyodrębnić świadczenia dominującego, czy jak twierdzi Przystępujący prawidłową stawką podatku VAT jest stawka 8%, ponieważ wśród świadczeń składających się na Usługę Obsługi występuje świadczenie dominujące/wiodące polegające na usuwaniu odpadów/spalaniu odpadów.

W ocenie Przystępującego Odwołujący dokonał nieprawidłowej klasyfikacji na potrzeby podatku VAT świadczeń obejmujących zamówienie na „System gospodarki odpadami dla metropolii trójmiejskiej”, określonych jako „usługi” w Okresie Obsługi, uznając te świadczenia za usługę kompleksową podlegającą opodatkowaniu VAT stawką 23%. Zastosowanie do celów obliczenia Ceny Kontraktowej za Obsługę stawki podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy prawidłowa stawka podatku VAT wynosi 8%, co stanowiło nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny.

Mimo oparcia stanowiska Odwołującego na analizie orzecznictwa TSUE, a w pewnym zakresie także orzecznictwa polskich sądów administracyjnych, dotyczącego opodatkowania

VAT świadczeń złożonych (kompleksowych), omówionego w powołanych w odwołaniu memorandumach i opiniach prywatnych, które rzekomo miałyby przemawiać za prawidłowością zastosowania przez nią w jej ofercie stawki 23% VAT do usług świadczonych na rzecz Zamawiającego w Okresie Obsługi, stanowisko to pomija fakt, iż orzecznictwo TSUE nie jest wystarczające i nie daje jednoznacznych wskazówek dla prawidłowego określenia stawki VAT mającej zastosowanie *in concreto* do tych usług. W zasadniczej części powołane orzecznictwo dotyczy bowiem określenia na potrzeby VAT, czym w ogóle jest świadczenie złożone i czym się ono charakteryzuje, co stanowi dopiero punkt wyjścia do oceny charakteru świadczenia złożonego w konkretnym przypadku.

W tym zakresie, jak wskazano powyżej, między Odwołującym i Przystępującym nie ma sporu, a zatem tezy stawiane przez Odwołującego są bezprzedmiotowe. Jednocześnie, co wynika także ze stanowiska Odwołującego i powołanych przez nią opinii, żadna ze spraw rozstrzyganych dotychczas w orzecznictwie TSUE lub polskich sądów administracyjnych nie dotyczyła sytuacji choćby zbliżonej do przedsięwzięcia, które jest kanwą sporu w niniejszej sprawie. Nawet w przypadku spraw rozstrzyganych przez TSUE Trybunał wyrażał stanowisko, że szczegółowa klasyfikacja świadczenia złożonego w danej sprawie należy do sądu krajowego, co potwierdza jedynie, że orzecznictwo TSUE daje istotne, lecz jedynie

29

kierunkowe wskazania w zakresie rozstrzygnięcia danej sprawy, a do sądu krajowego należy ocena wszystkich elementów stanu faktycznego sprawy i ostateczna ocena, czy dane świadczenie jest świadczeniem złożonym i jaka stawka podatku VAT ma do niego zastosowanie.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby nie występowała praktyka organów podatkowych w zakresie klasyfikacji usług w sprawach analogicznych, ponieważ sam Odwołujący wskazuje, iż istnieją interpretacje indywidualne, z których wynika, iż dla projektu partnerstwa publiczno-prywatnego, dotyczącego analogicznego przedmiotu, tj. instalacji przetwarzania odpadów, dla usług świadczonych w okresie obsługi instalacji należało zastosować stawkę VAT 8%. Te właśnie okoliczności oraz praktyka orzecznicza (interpretacyjna) administracji podatkowej dotycząca przedsięwzięcia o charakterze zbliżonym do sprawy (przedsięwzięcia realizowanego przez Miasto Poznań), zostały powołane m.in. w wyroku Izby z 11 sierpnia 2017 r. jako argument przemawiający za przyjęciem jako prawidłowej stawki VAT 8%.

W ocenie Odwołującego kluczowe znaczenie dla klasyfikacji podatkowej mają następujące okoliczności: wykonawca nie będzie właścicielem zakładu, ale będzie nim tylko zarządzał na zlecenie Zamawiającego; wykonawca nie będzie właścicielem dóbr wytworzonych w procesie spalania i nie będzie nimi swobodnie dysponował; spalanie odpadów nie będzie stanowić jedynego celu Zamawiającego, a produkcja energii elektrycznej i ciepłej nie będzie jedynie procesem ubocznym prowadzonym w zakładzie; wykonawca ma zapewnić uzyskanie wskazanych przez Zamawiającego parametrów dotyczących produkcji energii elektrycznej i ciepłej, które to parametry stanowiły również kryterium oceny ofert.

Zdaniem Przystępującego okoliczności te abstrahują od rzeczywistego charakteru przedsięwzięcia, jakie będzie realizowane na rzecz Zamawiającego i nie uwzględniają faktycznego zakresu obowiązków Wykonawcy wynikającego z dokumentacji projektowej. Inwestycja realizowana jest pod nazwą „Budowa instalacji termicznego przekształcania frakcji energetycznej odpadów komunalnych na terenie Zakładu Utylizacyjnego sp. z o.o. w Gdańsku” i ma na celu zaprojektowanie, budowę i obsługę instalacji, w której będzie realizowany kompleksowy proces przekształcania termicznego (spalania) odpadów połączonego z odzyskiem energii elektrycznej i ciepłej. Nie da się tych elementów procesu rozpatrywać oddzielnie i porównywać ich do odbioru odpadów i produkcji energii elektrycznej realizowanych w sposób konwencjonalny. Gdyby faktycznie Zamawiający był zainteresowany nabywaniem usług odbioru odpadów i dostawami energii tak, jak czyni to przeciętny konsument, to najprawdopodobniej rozważałby dwie zupełnie odrębne inwestycje lub umowy (jedną związaną z odbiorem odpadów, drugą mającą na celu zapewnienie dostaw energii elektrycznej i ciepłej). Tymczasem instalacja termicznego przekształcania odpadów ma w założeniu jeden zasadniczy cel, który został wyrażony w opisie potrzeb

30

i wymagań Zamawiającego: „Celem głównym przedsięwzięcia jest stworzenie warunków dla termicznego przekształcenia frakcji energetycznej wydzielonej z odpadów komunalnych. Efektem osiągnięcia celu będzie ograniczenie składowania odpadów palnych, w tym odpadów ulegających biodegradacji oraz osiągnięcie określonych przepisami prawa wskaźników recyklingu poprzez kompleksowe uporządkowanie całego systemu gospodarki odpadami w województwie pomorskim i dopełnienie istniejących i modernizowanych lokalnych systemów zagospodarowania odpadów ponadregionalnym Zakładem Termicznego Przekształcania Odpadów, dalej <>.” Ten cel Zamawiającego należy interpretować jako cel nabywcy w nabyciu usług stanowiących element tego konkretnego przedsięwzięcia (do tak określonego celu nakazuje odwoływać się orzecznictwo TSUE oraz krajowych sądów administracyjnych). Cel ten został sformułowany wystarczająco jasno i precyzyjnie, by wymienione powyżej świadczenia w ramach Usług w Okresie Obsługi uznać za jedno, złożone świadczenie, którego wiodącym elementem (i celem) jest usuwanie odpadów/spalanie odpadów, w technologii pozwalającej na odzysk energii elektrycznej i ciepłej.

Tak określony cel jest spójny z profilem działalności Zamawiającego. Zgodnie z informacją podawaną do wiadomości publicznej na stronach internetowych Zamawiającego realizuje on zadania publiczne dotyczące gospodarki odpadami komunalnymi w ramach zadań własnych Gminy Miasta Gdańsk. Głównym przedmiotem działalności firmy jest: zbieranie, obróbka i usuwanie odpadów innych niż niebezpieczne, zbieranie odpadów niebezpiecznych, zbieranie odpadów pochodzących z systemu selektywnej zbiórki odpadów, odzysk surowców z materiałów segregowanych, odzysk surowców z odpadów komunalnych – zmieszanych, zbieranie odpadów elektro RTV, AGD oraz sprzętu komputerowego, zbieranie odpadów pochodzących z systemu zbiórki dualnej (z podziałem na odpad suchy i mokry), zagospodarowanie odpadów organicznych (produkcja certyfikowanego „kompostu”), zbieranie odpadów wielkogabarytowych, przyjęcie gruzu. Można zatem przyjąć, że usługi takie jak np. produkcja energii elektrycznej lub ciepłej nie stanowią dla Zamawiającego celu samego w sobie, tzn. takiego, który Zamawiający realizowałby także wówczas, gdyby nie nabywał usług termicznego przetwarzania odpadów. Trudno bowiem wyobrazić sobie, by Zamawiający realizując z zasady zadania publiczne dotyczące gospodarki odpadami komunalnymi angażował się w zadania z zakresu produkcji i zakupu energii elektrycznej lub ciepłej niepowiązane w żaden sposób z zagospodarowaniem odpadów. Co do zasady działalność w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą jest prowadzona przez inne podmioty i jednostki organizacyjne działające na terenie Gminy Miasta Gdańsk. Co do zasady Zamawiający angażuje się w tego typu działalność jedynie w zakresie, w jakim jest ona pochodną (efektem) przekształcania odpadów. Zatem dominującym elementem jest termiczne przekształcanie (spalanie) odpadów w procesie pozwalającym równocześnie na

31

odzysk energii, natomiast świadczenia związane z produkcją energii i utrzymaniem instalacji mają charakter pochodny lub uzupełniający.

Ad. zarzutu nr 3: Odwołujący zarzucił Przystępującemu, że ten w sposób nieprzewidziany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmodyfikował oświadczenia z załącznika nr 4 poprzez dodanie oświadczenia nieprzewidzianego w specyfikacji, co doprowadziło do złożenia oferty niezgodnej ze specyfikacją. Wbrew twierdzeniom Odwołującego załącznik nr 4 nie zawiera żadnych „oświadczeń wykonawców”, a sporne akapity mają charakter informacyjny i stanowią wyłącznie wytyczną dla wypełnienia przez wykonawcę formularza ofertowego i sposobu oceny ofert. Wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w załączniku nr 4 stanowią powtórzenie punktu 2.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Instrukcja dla Wykonawcy (zmienionej przez Zamawiającego 17 stycznia 2017 r.) i wyłącznie informują wykonawców, w jakich przypadkach ich oferta będzie odrzucona. Informacje te nie modyfikują w żaden sposób treści umowy oraz nie mają znaczenia dla oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, a zatem treść oferty Przystępującego (jak i Odwołującego) należy uznać za zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z punktem 2.4.9 umowy „w przypadku utraty części lub całości Dotacji Unijnej z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłacenia Zamawiającemu odszkodowania w kwocie odpowiadającej utraconej części Dotacji Unijnej. Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu utraty Dotacji Unijnej nie przekroczy kwoty wskazanej

przez Wykonawcę w Ofercie i nie podlega ograniczeniom wynikającym z Artykułu 17.8 [Ograniczenie Odpowiedzialności].”

Zgodnie z punktem XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednym z kryteriów oceny ofert stało się wskazane w punkcie 2.1. kryterium 2. (podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem) podkryterium 2.1 – wysokość odpowiedzialności Partnera Prywatnego za utratę Dotacji Unijnej. W ramach tego kryterium oceny ofert wykonawcy konkurowali wysokością takiej odpowiedzialności, a Zamawiający przewidział wyłącznie dolny limit takiej odpowiedzialności, którego niespełnienie powodowałoby odrzucenie oferty. Wyraźnie wskazał w wyjaśnieniach zawartych w pkt. 2.2.2: „UWAGA! W przypadku, gdy Partner Prywatny zadeklaruje w ofercie odpowiedzialność za utratę Dotacji Unijnej w wysokości mniejszej niż 20.000.000,00 PLN, oferta taka będzie podlegać odrzuceniu”.

Załącznik nr 4 do oferty (w pierwotnym brzmieniu, przekazany wykonawcom w dniu 22 grudnia 2016 r.) nakazywał wykonawcom podanie tej maksymalnej wartości (MO) w formularzu ofertowym. Jednocześnie Formularz Ofertowy zawierał wyjaśnienie Zamawiającego korespondujące z treścią pouczenia zawartego w punkcie 2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisanego w punkcie powyżej, że: „Minimalna wartość

32

odpowiedzialności Partnera Prywatnego za utratę części lub całości Dotacji Unijnej z tytułu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Partner Prywatny wynosi 20 000 000 PLN”. 17 stycznia 2017 r. Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w rozdziale XI pkt 2.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawarto fragment: „UWAGA!

w przypadku gdy Partner Prywatny zadeklaruje w ofercie odpowiedzialność za Dotację Unijną w wysokości mniejszej niż 20 mln PLN jego oferta będzie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. W przypadku zadeklarowania w ofercie odpowiedzialności za utratę Dotacji Unijnej w kwocie większej, dla oceny będzie przyjęta kwota 308.720.000 PLN”. W tym dniu (17 stycznia 2017 r.) Zamawiający zmienił także Formularz Ofertowy, w którym dodał w załączniku nr 4 następujące wyjaśnienia: „Maksymalna wartość odpowiedzialności Partnera Prywatnego za utratę całości lub części Dotacji Unijnej z tytułu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Partner Prywatny będzie przyjęta dla oceny w kwocie nie większej niż 308.720.000 PLN”.

Odwołujący zawarł w swojej ofercie Formularz Ofertowy w brzmieniu pierwotnym, Przystępujący natomiast zastąpił pierwotne brzmienie formularza ofertowego nowym brzmieniem nadanym 17 stycznia 2017. Żaden z Wykonawców w swoich ofertach nie wskazał wartości niższej niż 20.000.000 PLN ani wyższej niż 308.720.000 PLN, a więc nie było podstaw do odrzucenia ich ofert ani przyjęcia dla potrzeb obliczenia kryterium cenowego przyjętego w pkt. 2.1 „podstawienia” wartości wyższych.

Zamawiający nie wzywał obu wykonawców do wyjaśnienia ofert w tym zakresie, uznając zapewne, że treść załącznika nr 4 nie ma znaczenia normatywnego, bowiem stanowi powtórzenie innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwłaszcza pouczeń zawartych w rozdziale XI pkt 2.2.1), a także nie doprowadziła do zmiany (modyfikacji) postanowień umownych ani nie miała wpływu na wybór żadnej oferty (bowiem oferty „wpisały” się w merytoryczną treść wymogów wskazanych w załączniku nr 4. Z powyższych względów postawiony przez Odwołującego zarzut należy uznać za bezzasadny.

Ad. zarzutu nr 4: Odwołujący zarzucił Przystępującemu, iż jego oferta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem nastąpiła manipulacja w zakresie podziału wynagrodzenia pomiędzy częścią stałą wynagrodzenia (składnik Orm, o którym mowa w pkt. 2.2 Mechanizmu Wynagrodzenia Wykonawcy w Okresie Obsługi) a częścią zmienną wynagrodzenia (składnik Zrm, o którym mowa w pkt. 2.3. Mechanizmu Wynagrodzenia Wykonawcy w Okresie Obsługi). Zdaniem Odwołującego doprowadziło to do wygórowania części stałej i zaniżenia tej części wynagrodzenia, która może w ogóle nie zostać zlecona, co ma doprowadzić do tego, że wykonawca będzie otrzymywał stałą część wynagrodzenia bez

33

względem na ilość dostarczonych Odpadów Umownych. Argumentacja Odwołującego jest bezzasadna wobec prawidłowego sporządzenia oferty przez Przystępującego.

Wyrok Izby z 11 sierpnia 2017 r. przesądził zasadę klasyfikacji kosztów (w tym przypisania kosztów do odpowiednich pozycji wynagrodzenia) potwierdzając, że metoda przyjęta przez Przystępującego dla sporządzenia swojej oferty, polegająca na ścisłym zaklasyfikowaniu wszystkich kosztów stałych do opłaty stałej (Orm) jest prawidłowa. W wyroku wyraźnie stwierdzono, że „opłata [tu: opłata główna, dopisek Przystępującego] obejmuje wszelkie koszty stałe ponoszone przez Wykonawcę w Okresie Obsługi (niezależnie od masy odebranych od RIPOK i zagospodarowanych w Instalacji Odpadów Umownych). W rezultacie nie można utrzymać tezy Przystępującego [tu: ITPOK], że w ramach polityki biznesowej mógł przenieść koszty stałe do kosztów zmiennych, gdyż miał – jednoznacznie – tą opłatą objąć wszelkie koszty stałe ponoszone, a nie tylko niektóre – wybrane przez wykonawcę.

W ramach Ceny Kontraktowej za Obsługę Przystępujący zaoferował cenę 731.610.534 PLN netto. Oferta Odwołującego wynosiła 787.145.376 PLN netto, a zatem łączna cena zaoferowana przez Przystępującego była niższa. Odwołujący w swojej ofercie zaoferował w ramach opłaty stałej (głównej) kwotę 7.835.319 PLN, a koszty zmienne (opłata zmienna) oszacował na 17.019.804 PLN, a więc ten element ceny był znacząco niższy niż ten, który został wskazany przez Przystępującego. Przystępujący w swojej ofercie zaoferował bowiem w ramach opłaty stałej (głównej) kwotę 16.730.549, a koszty zmienne (opłatę zmienną) oszacował na 6.802.496 PLN, a od roku 2027, w związku ze wzrostem ilości odpadów zadeklarowanych przez Zamawiającego w formularzu ofertowym do 160.000 ton rocznie opłata ta wzrosła do 8.837.296.

W konsekwencji tak arbitralnego podziału kosztów, której dokonał Odwołujący w swojej ofercie, Izba w wyroku z 11 sierpnia 2017 r. wskazała, że koszty w wysokości 7.835.319 PLN nie uwzględniają wszelkich kosztów stałych ponoszonych w Okresie Obsługi, a przez zastosowany sztuczny zabieg, oferta ta zwyciężyła w ramach podkryterium 3.1 otrzymując maksymalną liczbę punktów w tym zakresie.

Przystępujący nie mógł zatem dokonać „manipulacji ceną”, z kilku względów. Po pierwsze, jego oferta została skalkulowana rzetelnie, w sposób uwzględniający wszystkie koszty stałe związane z eksploatacją instalacji, a także łączne koszty stałe sumy opłat, będące kryterium oceny oferty (sumy: Opłaty Stałej (OSr) główna, Opłaty Stałej (OTr) za transport odpadów oraz Opłaty Stałej (OPr) za zagospodarowanie odpadów poprocesowych w pierwszym roku Okresu Obsługi). Po drugie, w ramach podkryterium 3.1. wygrała oferta Odwołującego, bowiem oferta w tym kryterium była tańsza niż oferta Przystępującego, więc prawidłowe i rzetelne oszacowanie kwoty kosztów stałych nie jest manipulacją ceną, tym bardziej, że Przystępujący przegrał w ramach tego podkryterium.

34

Całkowite koszty stałe zawarte w ofercie Przystępującego stanowią 56% kosztów całkowitych eksploatacji (stałe oraz zmienne, w tym koszty zmienne transportu, koszty zmienne przeniesione oraz koszty zmienne półproduktów), podczas gdy Odwołujący wskazuje na koszty stałe na poziomie 24%, a więc na koszty wysoce niedoszacowane, co stanowi wynik manipulowania przez nich kosztami stałymi w odniesieniu do kosztów zmiennych. Jak wskazano podczas poprzedniej sprawy toczącej się przed KIO, wskazując na te same okoliczności faktyczne, poziom 56% kosztów stałych jest standardowy dla instalacji tego typu.

Ponadto, oferta w zakresie eksploatacji, złożona przez Przystępującego, w odniesieniu do całego okresu wykonywania umowy, przy uwzględnieniu założeń co do ilości Odpadów Umownych przetwarzanych przedstawionych przez Zamawiającego jest wyraźnie mniej kosztowna niż oferta Odwołującego. Przyjęty podział pomiędzy kosztami zmiennymi i stałymi jest więc w interesie Zamawiającego.

Uzasadnienie prezentowane przez Odwołującego opiera się zasadniczo na całym schemacie analogii i wartości średnich przyjętych dla rynku niemieckiego i przeniesionych w realia rynku polskiego. Natomiast Przystępujący opracował swoją ofertę przeprowadzając szczegółowe badanie kosztów, konsultując się z polskimi przedsiębiorstwami w zakresie każdego elementu i pozycji kosztowej. Oferta została zatem stworzona z uwzględnieniem:

- 1) znajomości kosztów i sposobów działania na rynku w Polsce, ze względu na zrealizowanie instalacji na rynku polskim (np. instalacja w Bydgoszczy, Szczecinie i Rzeszowie – doświadczenia członka konsorcjum TME S.p.A.) i doświadczenia tam pozyskanego; 2) specyfiki sprzętu używanego w zaproponowanym rozwiązaniu technicznym;

3) rozmiarów zaproponowanego wyposażenia; 4) sposobów umiejscowienia i instalacji tego sprzętu na terenie zakładu (makro i mikro ergonomia); 5) specyfiki odpadów, będących odpadami wysoko kalorycznymi (wymagających wyższego poziomu bieżącego utrzymania niż w przypadku odpadów komunalnych zwyczajnych); 6) zakładu mającego przetwarzać 160.000 ton rocznie, który będzie funkcjonował w sposób ograniczony do 120.000 ton rocznie przez pierwsze 5 lat okresu eksploatacji (co wynika wprost z założeń przyjętych przez Zamawiającego); 7) środowiska specyficznego dla zakładu tj. miasta Gdańska (uwarunkowań w zakresie rynku pracy, dostawców i podwykonawców w okolicy zakładu); 8) prawnych uregulowań wynikających z prawa polskiego; 9) szczegółowych wymogów wynikających z PFU.

W odniesieniu do powyższych założeń, podział kosztów stałych i zmiennych w ofercie opiera się na założeniu, że (i) Instalacja będzie przetwarzać 160.000 ton rocznie, jednakże w okresie pierwszych pięciu lat będzie przetwarzać 120.000 ton rocznie, co zostało wprost wskazane przez Zamawiającego oraz (ii) będzie funkcjonować w wymiarze 7800 godzin rocznie w odniesieniu do każdego poziomu przetwarzania (funkcjonowanie nieprzerwane,

35

nocą i za dnia z wyłączeniem przerw konserwacyjnych). Koszty stałe są zatem kosztami eksploatacji ponoszonymi niezależnie od ilości zagospodarowanych odpadów w Instalacji.

Koszty stałe obejmują przede wszystkim:

1) Koszty pracowników (4,5 milionów złotych rocznie): zatrudnienie 40 pracowników (w PFU w pkt. 2.1.4.9 zaproponowano 41 osób, natomiast Odwołujący nie przekracza 35 osób), bez względu na okoliczność, czy zakład przetwarzać będzie 120.000 ton rocznie, czy też 160.000 ton rocznie. Tych 40 osób będzie zatrudnionych na podstawie kompetencji koniecznych dla tego typu instalacji o wysokim stopniu skomplikowania i będą one posiadać doświadczenie zdobywane na kolejnych szczeblach kariery (zdrowie, bezpieczeństwo, środowisko, technika spalania, technika konserwacji, zarządzanie ...). Ten wykwalifikowany personel posiadający rzeczywisty *know-how*, zostanie zatrudniony zasadniczo spośród pracowników dostępnych w rejonie Gdańska, tj. rejonie, w którym już teraz występuje rynek pracownika. Dobry poziom kwalifikacji technicznych wymaganych dla tego typu instalacji jest stosunkowo rzadki na lokalnym rynku pracy. W związku z powyższym oferta przewiduje ponoszenie podwyższonych kosztów kształcenia ustawicznego zawodowego (wliczone w koszty personelu). Zostało też uwzględnione istotne podwyższenie wynagrodzeń w ostatnich latach. Natomiast wynagrodzenia przewidziane przez Odwołującego nie pozwalają na pozyskanie pracowników lokalnie lub na pozyskanie pracowników o wymaganych kwalifikacjach.

2) Koszty konserwacji stałe (7,5 milionów złotych rocznie): wskazane koszty składają się głównie z utrzymania bieżącego oraz tzw. ciężkiej konserwacji (*heavy maintenance*). Konserwacja Instalacji tego typu ma za zadanie utrzymanie majątku przedsiębiorstwa powierzonych w zarząd bez zarzutu. Jak wymaga tego PFU, instalacja powinna po 25 latach zostać doprowadzona do stanu, w którym miałyby osiągi odpowiadające nowym instalacjom. W swojej ofercie Przystępujący uwzględnił, że Instalacja ma możliwość, pod warunkiem należytej konserwacji, funkcjonowania przez 40 lat bez względu na rzeczywistą ilość przetwarzanych odpadów. Z tego wynika poziom nakładów na konserwację założony przez Przystępującego w jego ofercie. Poziom kosztów stałych w istotny sposób uwarunkowany jest koniecznością utrzymania poziomu osiągnięć Instalacji, bez względu na ilość przetwarzanych odpadów. Odwołujący, przy założeniu przyjętego niskiego poziomu kosztów konserwacji nie będzie w stanie utrzymać majątku zakładu w należytym stanie bez względu na rzeczywistą ilość przetwarzanych odpadów.

Część kosztów należy ponieść bez względu na tonaż przetwarzanych odpadów: czyszczenie kotłów i sprzętu, utrzymanie i czyszczenie budynków, sprzętu przyjmującego odpady trafiające do zakładu, kompresorów powietrza, tablic elektronicznych, systemów przeciwpożarowych, oświetlenia zakładu, systemu sterowania, systemu videomonitoringu,

36

systemu ściekowego, kontroli bezpieczeństwa oraz utrzymania analizatorów dymów.

Wskazane koszty stałe stanowią 24% wydatków przedsięwzięcia.

Można wyróżnić 3 główne pozycje, które mają wpływ na wydatki w zakresie utrzymania: 1)

turbina, której część stała stanowi 95%, a nie 13% wydatków przedsięwzięcia; 2) kocioł, którego część stała stanowi 75%, a nie 27% wydatków przedsięwzięcia; 3) czyszczenie dymów typu półwilgotnego (turbina funkcjonująca niezależnie od obciążenia) plus sekcja kończenia (zużycie zależne jedynie w niewielkim stopniu od obciążenia), którego część stałą stanowi 80%, a nie 6% wydatków przedsięwzięcia. Suma powyższych wydatków zawartych w realizowanym projekcie uzasadnia poziom minimalny części stałej w wysokości 70%. Ponadto Przystępujący założył koszty ubezpieczeń na poziomie 1,5 miliona złotych rocznie. Program ubezpieczeń przyjęty przez Zamawiającego jest szczegółowy i wspólny dla wykonawców (Warunki kontraktowe rozdział 19, aneks 10. PFU Wymogi Ubezpieczeniowe, § 2). Przystępujący korzysta z korzystnych warunków ubezpieczeniowych na rynku europejskim, korzystając z renomowanych ubezpieczycieli specjalizujących się w ubezpieczeniach tego typu przedsięwzięciach. Wskazane koszty ubezpieczeń stanowią w 100% koszty stałe i jako takie zostały ujęte w ofercie Przystępującego. Koszty stałe zużycia energii zostały oszacowane na 0,7 milionów złotych rocznie. Sposób korzystania z energii przez instalację tego typu przejawia się na kilka sposobów. Jednym z najważniejszych składników zużycia stałego energii jest zużycie paliwa na poziomie palników podczas uruchamiania i wyłączania instalacji. Takie przerwy eksploatacyjne nie są powiązane ze skalą funkcjonowania zakładu. Konserwacja zarówno w zakresie zapobiegania awariom, jak i w zakresie usuwania ewentualnych awarii jest konieczna (por. uwagi poprzednie), a funkcjonowanie palników wynika z regulacji europejskich (temperatura minimalna 850°C). Koszty stałe taboru kolejowego, narzędzi, materiałów administracyjnych (0,5 milionów złotych rocznie): wskazana pozycja odnosi się do pozycji kosztów stałych, obejmujących istotną liczbę różnych elementów. Obejmuje ona tabor kolejowy, flotę samochodową, całość sprzętu i komputerów biurowych zakładu, ruchomości oraz narzędzia przemysłowe. Odwołujący opiera się na ekspertyzie Pöyry, by uzasadnić przyjęty przez siebie poziom kosztów stałych i zmiennych. Pöyry jednak jest biurem projektowym, a nie podmiotem zajmującym się eksploatacją instalacji, bez doświadczeń na rynku polskim. Wobec powyższego przyjęte tam wartości i poziomy odnoszące się do szczegółowej kalkulacji kosztów eksploatacji, nie powinny być brane pod uwagę dla uzasadnienia wartości, które powinny zostać uwzględnione w warunkach polskich.

Ad. zarzutu nr 5: Istota zarzutu sprowadza się do stwierdzenia przez Odwołującego, iż Przystępujący miał rzekomo podać w załączniku nr 3 do oferty („Deklarowana ilość energii

37

elektrycznej i cieplnej”) w kolumnach „Moc ZTPO na potrzeby produkcji ciepła” zawyżone dane dotyczące mocy turbiny na potrzeby produkcji ciepła w zakładzie. Odwołujący twierdzi, iż podane dane dotyczące produkcji ciepła w zakładzie nie są osiągalne z uwagi na równoległą produkcję w zakładzie energii elektrycznej. Zarzut ten jest bezzasadny. Przy wypełnianiu kolumn „Wytwarzanie ciepła przez instalację dla GPEC” Przystępujący uwzględnił wszystkie wymagania Zamawiającego, w tym w szczególności: a) wymagania dokumentów przetargowych, w szczególności decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, PFU, załącznik 7 do PFU oraz pytania i odpowiedzi nr 84 dot. warunków temperatury otoczenia, jakie należy uwzględnić przy obliczaniu wartości w załączniku nr 3 oraz b) Dokument Referencyjny dla najlepszych dostępnych technik dla spalania odpadów (BREF) z sierpnia 2006 roku (najbardziej aktualna wersja dostępna obecnie), w tym m.in. sekcji: 2.4.4.5 „Kondensacja spalin”, 2.4.4.6 „Pompy ciepła”, 4.3.2 „Redukcja strat energii: straty gazów spalinowych”. W oparciu o powyższe dokumenty określono proces, jaki ma zostać zastosowany oraz, między innymi, określono zastosowanie i parametry parowej turbiny kondensacyjno-upustowej. Przystępujący przeprowadził obliczenia bilansu cieplnego/masowego korzystając z profesjonalnego oprogramowania firmy ThermoFlow, oprogramowania używanego przez członka konsorcjum Przystępującego, spółkę T.M.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia oraz większość firm konkurencyjnych, producentów turbin, jak również inwestorów i uczelni wyższych itp. dla celów prognozowania wydajności instalacji spalania, odzysku ciepła i kogeneracji, sprawdzenia ich pracy w warunkach projektowych i zmiennych. Ponadto wyniki obliczeń dokonane w programie ThermoFlow zostały zweryfikowane z producentem głównego kotła i turbiny parowej. Przystępujący ma zatem pewność, że wydajności

określone w załączniku nr 3 do oferty są osiągalne zarówno z perspektywy termodynamiki, jak i z punktu widzenia dostawców urządzeń, niezbędne urządzenia są dostępne na rynku, a wartości określone w załączniku nr 3 do oferty są wiarygodne i osiągalne. Przedłożona przez Odwołującego opinia „Ekspertyza dotycząca wykonalności instalacji do równoczesnego wytwarzania energii elektrycznej i ciepła użytkowego konsorcjum Astaidi” sporządzona przez prof. S. z Uniwersytetu w Hanoverze zawiera szereg daleko idących uproszczeń i założeń nieopartych na faktach oraz pomija, nieznane Odwołującemu, założenia techniczne przyjęte przez Przystępującego, a tym samym prowadzi do błędnych wniosków, co do możliwości osiągnięcia wartości produkcyjnych deklarowanych i zweryfikowanych przez Przystępującego. Ekspertyza obarczona jest też istotnym błędem – sprawność kotła została obliczona w oparciu o równanie termodynamiczne, które nie uwzględnia przepływów ciepła w wyniku podgrzewania powietrza spalającego. Podgrzewanie powietrza jest standardową praktyką w instalacji termicznego przekształcania odpadów i jest określone w dokumencie BREF, na przykład w punkcie 2.4.4.3 Wstępne

38

podgrzewanie powietrza spalającego. Wstępne ogrzewanie pierwotnego powietrza spalającego może mieć pozytywny wpływ na ogólną wydajność energetyczną w przypadku produkcji energii elektrycznej. Ponadto powszechnie stosowaną międzynarodową zasadą obliczania sprawności kotła jest norma EN 12952-15:2003 („Kotły wodnorurowe i urządzenia pomocnicze – część 15: Badania odbiorcze” (Polska PN-EN 12952-15, Norma Europejska 12952-15:2003), które zostały pominięte i nie zostały zastosowane na potrzeby sporządzenia ekspertyzy. W związku z powyższym dane podane przez Przystępującego są w pełni osiągalne, a sporządzona ekspertyza nie odnosi się do mających zastosowanie warunków umownych i wymagań Zamawiającego obowiązujących w postępowaniu oraz międzynarodowych norm.

Za bezzasadne należy zatem uznać twierdzenie Odwołującego jakoby Przystępujący zamierzał sfałszować (podwyższyć) zaprezentowane dane dotyczące ilości ciepła, które będzie mogło być zbywane do GPEC, jak również bezzasadne jest twierdzenie, jakoby podane przez Przystępującego dane nie odpowiadały realnemu osiągalnemu poziomowi sprzedaży ciepła przez zakład.

Ad. zarzutu nr 6: Odwołujący zarzucił Przystępującego niewłaściwe wypełnienie załącznika Tabela Elementów Scalonych poprzez wskazanie liczby środków trwałych danego typu, które zostaną zużyte w Zakładzie, podczas gdy było wymagane podanie faktycznej liczby środków trwałych faktycznie planowanych przez oferenta do użycia w zakładzie. Zarzut ten jest bezzasadny, nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania i pomija cel sporządzenia i przedłożenia Tabeli Elementów Scalonych wraz z ofertą wykonawcy. Zarówno specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jak i odpowiedzi Zamawiającego udzielone na etapie wyjaśnień specyfikacji potwierdzają prawidłowość oferty Przystępującego w tym zakresie i całkowitą bezzasadność zarzutów Odwołującego. „Tabela Elementów Scalonych – Środki Trwałe” jest prostym zestawieniem pozycji obejmującym całą instalację; całkowita kwota podana w tej tabeli odpowiada ryczałtowej wartości prac do wykonania. Zestawienie to, którego wzór przygotował Zamawiający, składa się z 204 pozycji, i chociaż jest dość szczegółowe, nie jest porównywalne ze szczegółowym przedmiarem robót, który będzie składał się z tysięcy elementów. Oczywiście jest, zatem, że każdy pojedynczy element można uznać za „układ (system)” zawierający wszystkie tworzące go pojedyncze części składowe, takie zestawienie zostanie przygotowane na etapie realizacji umowy. Na przykład w przypadku wagi pomostowej (poz. 1) w kolumnie ilość, wartość „1” nie oznacza dostawy pojedynczej wagi pomostowej, ale kompletny układ wag zgodnie z PFU. Wyraźnie wynika to z podanej wartości wag, która nie może stanowić wartości jednej wagi pomostowej. Twierdzenie, że wartość jednostkowa odnosi się do układu, a nie jednej części składowej potwierdza pozycja „rusztowiny” (poz. 14), w której wartość jednostkowa

39

przekracza 11 mln zł. Jasne jest, że cena nie może być ceną za jedną rusztowinę (kawałek stali o wadze ok. 50 kg), ale jest ceną za cały układ rusztowin. To samo dotyczy innych przykładów przytoczonych przez Odwołującego. Ta sama interpretacja została zastosowana

przez Odwołującego w odniesieniu do niektórych pozycji w tabeli, np. poz. 66, 118, 128, 138 i 144 (ściany), w którym to przypadku w kolumnie ilość podano wartość „1” dla całego układu ścian każdego budynku.

Wartości jednostkowe i całkowite w tabeli sporządzonej przez Przystępującego odnoszą się do pozycji składających się z kompleksowych układów, które w pełni odzwierciedlają

wymagania PFU i obowiązujących przepisów. Tym samym ilość odnosi się do układu, a nie do mnogości elementów. Prawdliwość działań Przystępującego potwierdza umowa oraz wyjaśnienia przekazane przez Zamawiającego na etapie odpowiedzi, bowiem przedmiary oraz kosztorys robót stanowiący rozwinięcie Tabeli Elementów Scalonych zostanie przekazany przez wykonawcę dopiero na etapie realizacji umowy.

Zgodnie z definicją „Robót” zawartą w umowie, roboty oznaczają Roboty Stałe oraz Roboty Tymczasowe, lub którekolwiek z nich według potrzeb oraz Instalację. Zgodnie z definicją, „Instalacja” to ogół obiektów budowlanych, maszyn, urządzeń oraz innych elementów składających się na instalację do termicznego przekształcania Frakcji, która zostanie zaprojektowana, wybudowana i eksploatowana na podstawie niniejszej Umowy na Nieruchomości. Zgodnie z punktem 1.9. 3 lit. b umowy, wykonawca „w ciągu 21 dni od Polecenia Rozpoczęcia Robót Wykonawca dostarczy Zamawiającemu kosztorys Robót, stanowiący rozwinięcie Tabeli Elementów Scalonych w stopniu umożliwiającym rozliczenia wykonywanych robót zawierający co najmniej ceny jednostkowe poszczególnych robót i ich ilości”.

Podobnie, opisując mechanizm płatności z tytułu wykonanych robót, Zamawiający wskazuje w pkt. 14.4.2 umowy, że „podstawą określenia należnej płatności w Przejściowych Świadectwach Płatności w Okresie Projektowania i Budowy w odniesieniu do Ceny Kontraktowej za Budowę będą ceny jednostkowe wskazane dla danego elementu w kosztorysie sporządzonym na podstawie i w rozwinięciu Tabeli Elementów Scalonych zgodnej z Oferta i faktyczne ilości wykonanych Robót, lecz nie więcej niż 90% Ceny Kontraktowej za Budowę”.

Ponadto, prawidłowość sporządzenia Tabeli Scalonej, potwierdza odpowiedź 127 Zamawiającego, w której potwierdzono, że szczegółowy przedmiar robót będzie wymagany w późniejszym terminie w fazie projektowania. Twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący obniżył wycenę kosztem zasad branżowych jest w sposób oczywisty bezzasadny i nie znajduje potwierdzenia w ofercie, która została sporządzona prawidłowo, rzetelnie i zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i doświadczeniem wykonawcy.

40

Ad. zarzutu nr 7: Odwołujący twierdzi, iż oferta Przystępującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ponieważ w rubryce 65. tabeli „Fundusz Odtworzeniowy” (część Tabeli Elementów Scalonych) oraz w załączniku 8 do oferty „Nakłady inwestycyjne i odtworzeniowe” zawarto sprzeczne dane dotyczące roku, w którym dojdzie do wymiany serwera, tj. w rubryce 65. tabeli „Fundusz Odtworzeniowy” wpisano rok 2034, zaś w załączniku nr 8 rok 2036. Powyższy zarzut należy uznać za bezzasadny.

Zgodnie z załącznikiem „Tabela Elementów Scalonych – Środki Trwałe” wskazano pozycję „Serwer”. Jednocześnie, w tym samym wierszu, w kolumnie „Techniczny okres użytkowania” podano wartość „15” (lat), zaś w kolumnie „Wartość jednostkowa” wskazano wartość tego środka trwałego: 220.726 PLN. Oznacza to, iż środek trwały – serwer będzie wymieniony po 15 latach, bo taki jest jego okres technicznego zużycia. Jednocześnie wartość nakładów (wymiany) serwera jako środka trwałego została podana w załączniku nr 8 do oferty – „Nakłady inwestycyjne i odtworzeniowe” rok kalendarzowy: 2036 (20 rok od rozpoczęcia budowy, 15 rok eksploatacji instalacji) oraz w „Planie Odtworzeniowym” (tabela Elementów Scalonych) rok 2034 (15 rok eksploatacji instalacji), a więc zadeklarowany okres wymiany serwera jest spójny z wartością „15” lat podaną w kolumnie „Techniczny okres użytkowania”. W zakresie rozbieżności w latach wymiany: rok 2036 i rok 2034 Przystępujący wyjaśnił, iż ta różnica wynika z wartości (lat) podanych przez Zamawiającego w treści załączników: w załączniku nr 8 „Nakłady inwestycyjne i odtworzeniowe” datą początkową jest rok kalendarzowy „2017” jako rok rozpoczęcia projektowania i budowy, które planowane jest na 5 lat, zaś pierwszy rok eksploatacji przypada w tym załączniku w roku 2022; zaś w „Planie Odtworzeniowym” (tabela Elementów Scalonych) rok początkowy to rok 2020 jako rok rozpoczęcia eksploatacji zakładu. Wartości (lata) zawarte w załącznikach był elementem tabeli sporządzonej przez Zamawiającego i nie są one ze sobą zbieżne, a wykonawca nie

mógł w ich treść ingerować. Stąd właśnie wynika rozbieżność polegająca na wskazaniu w jednej tabeli wymiany serwera w roku 2036, zaś w drugim załączniku w roku 2034. Faktycznie nie można jednak mówić o jakiegokolwiek rozbieżności w treści oferty Przystępującego, ponieważ w obu przypadkach wymiana serwera została zadeklarowana po 15 latach od rozpoczęcia eksploatacji zakładu. Sam Zamawiający jednoznacznie wyjaśnił w odpowiedzi na pytanie nr 90 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż numeracje lat podane w tabeli „Fundusz Odtworzeniowy” (Plan Odtworzeniowy) są wartościami wyłącznie przykładowymi: „Zamawiający wyjaśnia, że wartość 2020 w komórce F5 w Załączniku 3 do Tabeli elementów scalonych (Plan wymiany) jest wartością przykładową”. W istocie nie można bowiem w sposób wiążący ustalić, kiedy rozpocznie się projektowanie i budowa instalacji i czy będzie to rok 2017, jak Zamawiający założył w treści załącznika nr 8. Z powyższych względów w treści oferty Przystępującego nie występują żadne rozbieżności co do daty wymiany serwera, bo nastąpi ona po 15 latach od rozpoczęcia eksploatacji

41

zakładu, zgodnie z podaną wartością „Techniczny okres użytkowania”, a brak korelacji w datach wymiany podanych w załącznikach trok 2034 i 2036) wynika wyłącznie z treści samych załączników i braku korelacji pomiędzy zawartymi tam datami rozpoczęcia eksploatacji.

Ad. zarzutu nr 8: Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego oferta Przystępującego ma być niezgodna pkt. 1.4 PFU, ponieważ zadeklarowany przez Przystępującego poziom zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne zakładu (Ezr), poziom zużycia wody w Zakładzie oraz ilość ścieków wobec używanej w Zakładzie wody nie uwzględnia zastosowania oczekiwanych przez Zamawiającego najlepszych rozwiązań dostępnych na rynku (BAT) Dokument Referencyjny dla najlepszych dostępnych technik dla spalania odpadów (BREF) z sierpnia 2006 roku w zakresie redukcji tych poziomów. Zapotrzebowanie na energię elektryczną w ofercie Przystępującego w latach 2017-2045 wynosi 0,151 MWh/tonę odpadów. Dokumenty dotyczące najlepszych dostępnych technik (BREF) nie określają dokładnie poziomu zużycia energii elektrycznej przy zastosowaniu technologii oczyszczania spalin (metoda półsucha + sucha) wymaganej przez Zamawiającego, w tabeli nr 4.15 (str. 282 BREF) podaje się jedynie zakres zapotrzebowania na energię elektryczną na poziomie 0,062 do 0,257 MWh/tonę odpadów. Zaś w rozdziale 5.2 BREF „Szczególne BAT dla spalania odpadów komunalnych” stwierdzono: „...zasadniczo wyróżnia się też dla spalania odpadów komunalnych następujące BAT: Ograniczanie zapotrzebowania instalacji na energię (wyłączając wstępną obróbkę lub obróbkę pozostałości) do poziomu zasadniczo poniżej 0,15 MWh/tonę przetwarzanych MSW...” Uwzględniając, że zużycie energii elektrycznej podane przez Przystępującego obejmuje także zapotrzebowanie na obróbkę pozostałości (żużlu), zużycie w czasie postoju instalacji (patrz pytania i odpowiedzi 561) oraz niektóre niestandardowe instalacje powiązane, na przykład, z systemem ciepłowniczym (patrz pytania i odpowiedzi 562), oczywistym jest, że oferta Przystępującego zawiera najlepsze dostępne techniki zgodne z dokumentem BREF. Dodatkowo Odwołujący myli wyniki osiągane przez instalacje EEW z najlepszymi dostępnymi technikami (BAT) i próbuje przez to wykazać, że nie BAT (BREF), ale parametry instalacji zarządzanych przez spółki z grupy EEW, do której należy Odwołujący, winny stanowić poziom referencyjny dla oceny oferty Przystępującego. Aby porównać parametry zużycia energii podane przez Odwołującego w odwołaniu z parametrami wynikającymi z oferty Przystępującego, niezbędne jest sprawdzenie, czy wyniki i założenia projektowe są porównywalne (ten sam rodzaj oczyszczania spalin, te same wymagania dla systemu ciepłowniczego, ta sama wielkość instalacji itp.). Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej deklarowanego poziomu zużycia wody i ścieków Przystępujący wskazał, dokument BREF określający najlepsze dostępne

42

techniki nie określa poziomu zużycia wody przy zastosowaniu technologii oczyszczania spalin (metoda półsucha + sucha) wymaganej przez Zamawiającego. W BREF znajduje się jedynie Tabela 4.38 str. 329: „Skutki przenoszenia zanieczyszczeń pomiędzy komponentami środowiska związane z zastosowaniem pół-mokrej obróbki kwaśnych gazów” (oznacza to to samo, co metoda pół-

sucha, jest to więc wymagana technologia), która nie zawiera jednak żadnej wartości dla zużycia wody. W komentarzu w tabeli 4.38 wskazano, iż „dane mają na celu zaprezentowanie typowych przedziałów eksploatacyjnych. Dokładne ilości pozostałości i ścieków zależą od wielu czynników, w tym od stężeń surowych gazów (powiązanych z odpadami), tempa przepływu, stężenia odczynników etc.”

Powyższe dowodzi, iż Najlepsze Dostępne Techniki (BAT) nie określają dokładnie parametru zużycia wody dla instalacji jaka jest przedmiotem postępowania, a w celu określenia realistycznego zużycia wody należy uwzględnić wszystkie warunki techniczne danej instalacji. Nie można było dowolnie wybrać technologii stosowanych w instalacji, a tylko zastosować te określone w PFU, decyzji środowiskowej i dokumentacji przetargowej. Oczyszczanie spalin ma odbywać się metodą pół-suchą w połączeniu z metodą suchą. Wykorzystanie układu pół-suchego, z zastosowaniem mleczka wapiennego (tj. roztworu wodnego o składzie: 90% woda i 10% wapno; procenty zgodnie z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach), zakłada wysokie zużycie wody, które nie może wynieść zero, a zatem jest wyższe niż w przypadku układu suchego, ale układu suchego nie można było zastosować. Instalacja odazotowania musi być układem selektywnej redukcji niekatalitycznej. Układ ten wymaga wyższego zużycia wody niż układ selektywnej redukcji katalitycznej, ale takiego układu nie wolno było zastosować.

Przygotowując ofertę Przystępujący wziął pod uwagę zużycie wody z uwzględnieniem, między innymi, poniższych kwestii: wydajność instalacji (tony odpadów / rok i godzinę); wymagana technologia oczyszczania spalin; wymagana technologia odazotowania; wymagana technologia demineralizacji; zawartość zanieczyszczeń w przekształcanych odpadach i wymagane poziomy zanieczyszczeń w kominie; inne wymagania umowne, w szczególności wymagane stężenie mleczka wapiennego przy układzie pół-suchym (10%). Technologie, które należało zastosować i które mają znaczący wpływ na zużycie wody zostały określone przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Zarzut, że oferta Przystępującego nie opiera się na najlepszych dostępnych technikach z powodu podanego zużycia wody jest całkowicie błędny, czego najlepszym dowodem jest fakt, iż Odwołujący poza głoślośnym stwierdzeniem, iż parametr zużycia wody w ofercie Przystępującego jest zawyżony i niezgodny z BAT (BREF) nie odwołuje się do żadnych postanowień tego dokumentu, tak, aby tę rzekomą niezgodność wykazać. Zadeklarowane przez Przystępującego maksymalne zużycie wody jest niższe niż zużycie wody dopuszczone w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Firma Pöyry, której opinię przedstawił Odwołujący, szacuje, że całkowita ilość wody zużytej w instalacji oferowanej przez Odwołującego wynosi $3500 + 5000 + 35880 = 44.380 \text{ m}^3/\text{rok}$. W związku z powyższym Odwołujący kwestionuje rzekomo „zawyżone zużycie wody” przez Przystępującego, a jednocześnie sam próbuje uzasadnić zużycie wody w swojej ofercie na potrzeby postępowania skargowego prowadzonego przed Sądem w Okręgowym w Gdańsku, gdzie jeden z zarzutów dotyczył zaniżenia przez niego zużycia wody z sieci miejskiej, które jest większe niż w ofercie Przystępującego – tym samym Odwołujący sam sobie zaprzecza.

Ad zarzutu nr 9: Odwołujący twierdzi, iż podana w załączniku nr 7 do oferty Przystępującego wartość czynnika $Pr = 5,0\%$ jest nierealistyczna i zaniżona, a rzeczywista ilość odpadów podprocesowych będzie zdecydowanie wyższa niż $5,0\%$. Zarzut ten jest całkowicie bezzasadny.

Całkowita ilość pozostałości $Pr = 5,0\%$ odpadów umownych w ofercie Przystępującego jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. W decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach z 30 grudnia 2011 r. obliczono całkowitą ilość pozostałości Pr na poziomie $5,99\%$ odpadów (14.940 ton z 249.600 ton) przy wartości opałowej odpadów $14,175 \text{ MJ/kg}$.

Wartość $Pr = 5\%$ została obliczona przy uwzględnieniu wszystkich wymagań umownych, w tym w szczególności: 1) charakterystyki odpadów umownych, w tym ich kaloryczności; 2) wymaganą technologię oczyszczania spalin, określoną także w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i PFU: oczyszczanie z użyciem mleczka wapiennego + oczyszczanie z użyciem wodorotlenku wapnia; oczyszczanie dwustopniowe pozwala uzyskać niższy nadmiar stechiometryczny, a co za tym idzie mniej pozostałości niż w przypadku zastosowania wyłącznie mleczka wapiennego; 3) dopuszczalnych emisji.

Przystępujący ustalając wartość czynnika Pr wziął pod uwagę wymagania

specyfikacji istotnych warunków zamówienia i PFU, a z powyższych względów wartość $Pr = 5\%$, jest niższa od $5,99\%$ określonej w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, a tym samym również wartość wskazana w ofercie Przystępującego jest całkowicie wiarygodna i zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do wartości $Pr = 7\%$ podanej przez Odwołującego należy zauważyć, iż jest ona niezgodna z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach i nie można jej traktować jako wartości referencyjnej. Posługując się wartościami z instalacji wskazanych przez Odwołującego, który próbuje wykazać, iż wartość parametru Pr powinna wynosić 7% , Odwołujący powołuje się na zarządzane przez niego instalacje w Niemczech. Porównanie oferty Przystępującego z wynikami osiąganymi przez niektóre instalacje grupy EEW nie mają jednak żadnego waloru dowodowego ze względu na brak danych i informacji, które są niezbędne do przeprowadzenia oceny, tj. np. charakterystyka odpadów przetwarzanych przez te instalacje czy wymagań i parametrów technicznych tych instalacji, które mają

44

znacznie dla określenia współczynnika Pr oraz czy parametry te są porównywalne z projektowaną w Gdańsku instalacją. Ponadto podana wartość parametru $Pr 7\%$ byłaby niezgodna z wymaganiami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, gdzie podano parametr maksymalny $5,99\%$. Przy ocenie instalacji oferowanej przez Przystępującego, Odwołujący próbuje zdefiniować swoje technologie (i technologie EEW) jako najlepsze dostępne techniki, abstrahując od wymagań Zamawiającego w postępowaniu, co należy uznać za niedopuszczalne.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść Specyfikacji oraz treść złożonej przez Przystępującego oferty, a także innych dokumentów występujących w postępowaniu) nie jest sporny między Stronami. Został on opisany w stanowiskach Stron i Przystępującego, zatem nie będzie powtarzany w dalszej części uzasadnienia.

Powoływany przez Odwołującego art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym stanowi, że w przypadkach innych niż określone w ust. 1 tego przepisu oraz w zakresie nieregulowanym w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy Prawo zamówień publicznych.

Stan prawny obowiązujący w niniejszym postępowaniu – na dzień wszczęcia postępowania, tj. 17 września 2014 r.

W zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 41 ust. 1 oraz art. 146a pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 2 pkt 1 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, choć zawiera ona błąd w obliczeniu ceny w zakresie składnika „Cena Kontraktowa za Projektowanie brutto”, gdyż Konsorcjum zastosowało do jej obliczenia błędną, nieistniejącą, stawkę podatku VAT

45

w wysokości ok. $22,3\%$ oraz, w konsekwencji zawiera błąd w obliczeniu całej ceny ofertowej brutto Izba stwierdziła, co następuje.

Z treści art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli m.in. pkt

1) jest ona niezgodna z ustawą; pkt 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; pkt 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny. Istotna zasada dotycząca ofert, tj. zasada ich niezmienności została wyrażona w art. 87

ust.

1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Zasada ta ma na celu realizację zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”) Art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Jak wynika ze specyfikacji, wykonawcy w ofercie zobowiązani byli podać całkowitą cenę ofertową ze wskazaniem jej składników według następującego podziału:

- 1) Cena Kontraktowa za Projektowanie: a) wartość netto, b) wartość podatku od towarów i usług (VAT), c) wartość brutto;
- 2) Cena Kontraktowa za Budowę: a) wartość netto, b) wartość podatku od towarów i usług (VAT), c) wartość brutto;
- 3) Fundusz Odtworzeniowy: a) wartość netto, b) wartość podatku od towarów i usług VAT, c) wartość brutto;
- 4) Cena Kontraktowa za Obsługę: a) wartość netto, b) wartość podatku od towarów i usług (VAT), c) wartość brutto.

Przystępujący w pozycji „Cena Kontraktowa za Projektowanie” podał następujące wartości: a) netto 9.999.900,00 PLN, b) podatek od towarów i usług 2.229.977,00 PLN, c) brutto 12.229.877,00 PLN, a nie, jak powinien: a) netto 9.999.900,00 PLN, b) podatek od towarów i usług 2.299.977,00 PLN, c) brutto 12.299.877,00 PLN.

46

Jak Przystępujący wyjaśnił, nastąpiło to na skutek omyłki pisarskiej i jednocześnie omyłki rachunkowej, która powstała podczas przepisywania kwoty podatku do formularza ofertowego i powtórzenia cyfry „2” zamiast cyfry „9”, a nie z powodu chęci zastosowania innej niż 23% stawki podatku od towarów i usług. Z kolei Zamawiający wskazał podobnie, że ze względu na powtarzające się po sobie podwójne cyfry podczas przeliczania ceny oferty w ramach czynności badania oferty nie zauważył tego błędu. Jednak po jego wskazaniu w odwołaniu, bez wątpliwości zakwalifikował ten stan faktyczny jako oczywistą omyłkę o charakterze pisarsko-rachunkowym i poprawił ją w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Również w ocenie Izby zaistniały stan faktyczny należy zakwalifikować jako oczywistą omyłkę rachunkową podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Izby jest to omyłka o charakterze rachunkowym, pomimo że, jak wynika z wyjaśnień, jej podstawą nie jest błąd w obliczeniu, ale wadliwe wpisanie cyfry, co bardziej odpowiada definicji omyłki pisarskiej. Kwalifikacja ta wynika z tradycji rachunkowości, w której błędne przepisanie kwoty uznawano za omyłkę rachunkową (np. błędne przeniesienie podsumowania strony na początek kolejnej strony w tradycyjnych księgach rachunkowych). Podobnie za omyłkę rachunkową uznawano błędne wpisanie kwoty słownie (por. uchylony art. 88 ust. 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych), choć logicznie jest ona typową omyłką pisarską (pominięcie, przekręcenie lub użycie innego wyrazu). Kwalifikacja ta nie ma jednak znaczenia praktycznego, ponieważ oba rodzaje tych omyłek poprawia się na jednakowych zasadach.

W kwestionowanej pozycji podatek od towarów i usług został podany w postaci jego wartości

kwotowej, a nie stawki procentowej. Z tego też powodu jest to wartość liczbową łatwą do poprawienia w ramach omyłki rachunkowej – do tego, jak wynika z doświadczenia Izby, taka sytuacja (błędne podanie kwoty podatku czy kwoty brutto) jest typową omyłką rachunkową pojawiającą się w ofertach. Błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie podatku od towarów i usług dotyczy raczej błędnie zastosowanej stawki, a nie podania kwoty (oczywiście błędna stawka podatku może wynikać bezpośrednio z błędnie podanej kwoty).

Jednak zdaniem Izby w tym stanie faktycznym nie ma podstaw do przyjęcia, że w pozycji „Cena Kontraktowa za Projektowanie” Przystępujący zamierzał zastosować inną stawkę podatku od towarów i usług niż 23%, co do której nie było sporu pomiędzy Stronami, że jest stawką prawidłową.

Nawet najbardziej awangardowy podatnik co do zasady nie stosuje stawek innych niż określone w przepisach ustawy o podatku od towarów i usług, jak sporna stawka 22,3%. Jak

47

wynika z doświadczenia Izby, taka „wartość” stawki wynika co do zasady z dwóch przyczyn: albo właśnie omyłki rachunkowej przy obliczaniu lub wpisywaniu kwoty, albo z zastosowania w jednej pozycji różnych stawek podatkowych dla elementów w niej ujętych, np. dla części dostawy/usługi 23%, a dla części 8% lub 0%. Jak wskazano powyżej, w przedmiotowej sprawie nie było sporu co do zastosowania w pozycji „Cena Kontraktowa za Projektowanie”

jednej, 23% stawki podatku, zatem druga przyczyna nie ma tu miejsca. Tym samym

zaistniałą sytuację można zakwalifikować jedynie jako oczywistą omyłkę rachunkową, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ze względu na fakt, że Zamawiający już poprawił przedmiotową omyłkę przed rozprawą oraz z uwagi na to, że nie ma ona wpływu na cenę oferty (cena końcowa oferty została podana prawidłowo) oraz wynik postępowania, Izba nie nakazała Zamawiającemu dokonania żadnej czynności w tym zakresie.

W zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 2 pkt 1 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy zawiera ona błąd w obliczeniu ceny w zakresie „Ceny Kontraktowej za Obsługę”, gdyż Przystępujący, obliczając kwotę podatku od towarów i usług od ceny kontraktowej netto składnika „Obsługa” zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 8% Izba stwierdziła, co następuje.

Art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny.

W art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych cenę zdefiniowano jako cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz. 915).

W orzecznictwie i piśmiennictwie dotyczącym zamówień publicznych uznaje się, że cena oferty powinna być ceną brutto, tj. obejmującą podatek od towarów i usług, a błędne określenie stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak już wskazano powyżej, wykonawcy w ofercie zobowiązani byli podać całkowitą cenę ofertową z następującym rozbiem jej składników:

- 1) Cena Kontraktowa za Projektowanie: a) wartość netto, b) wartość podatku od towarów i usług (VAT), c) wartość brutto;
- 2) Cena Kontraktowa za Budowę: a) wartość netto, b) wartość podatku od towarów i usług (VAT), c) wartość brutto;

48

- 3) Fundusz Odtworzeniowy: a) wartość netto, b) wartość podatku od towarów i usług VAT, c) wartość brutto;

- 4) Cena Kontraktowa za Obsługę: a) wartość netto, b) wartość podatku od towarów i usług (VAT), c) wartość brutto. Również z punktu X specyfikacji dotyczącego sposobu obliczenia ceny oferty wynika, że

wykonawcy mieli podać w ofercie nie tylko ceny netto, ale też brutto, niezależnie więc od tego, że Zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert porównywał jedynie ceny netto, wartości brutto nie można uznać – jak postulował Zamawiający – za zupełnie

nieistotne dla

oferty.

Jak zostało podniesione w pismach procesowych oraz podczas rozprawy, w niniejszym postępowaniu kwestia prawidłowej stawki podatku od towarów i usług w zakresie składnika cenowego „Cena Kontraktowa za obsługę” była już przedmiotem orzeczenia Izby w wyroku z 11 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1536/17, w którym to wyroku Izba uznała, że prawidłową stawką jest stawka 8%, a nie 23%.

Rzeczywiście, z treści sentencji wyroku oraz jego uzasadnienia wynika, że Izba w niniejszej sprawie (ocenając jednak ofertę Odwołującego, a nie Przystępującego), takie stanowisko zajęła.

Nie zaistniały tu jednak podstawy do „odrzućcenia” zarzutu (pozostawienia zarzutu bez rozpoznania) ze względu na niewypełnienie przesłanek art. 189 ust. 2 pkt 4 lub 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. „odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się” lub „odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”. Przedmiotowe odwołanie nie zostało bowiem wniesione przez tego samego odwołującego, jak też poprzedni wyrok Izby nie dotyczył oferty Przystępującego, która jest rozpatrywana w niniejszej sprawie, lecz wyłącznie oferty Odwołującego.

Z tego samego powodu nie można też stwierdzić wprost zaistnienia stanu rzeczy osądzonej. Niemniej jednak również w ocenie obecnego składu orzekającego Izby stawka podatku od towarów i usług w wysokości 8% dla pozycji „Cena Kontraktowa za obsługę” jest prawidłowa. Jak podniesiono, zgodnie z punktem 1.1.84 Warunków Umownych, usługi świadczone przez wykonawcę w Okresie Obsługi obejmują usługi w zakresie: (i) odbioru Frakcji od RIPOK, (ii) prowadzenia termicznego przekształcania Frakcji w Instalacji, (iii) produkcji ciepła oraz

49

energii elektrycznej, (iv) utrzymania i konserwacji Instalacji zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego oraz wykonywanie wszystkich innych obowiązków Wykonawcy przewidzianych w umowie.

Nie było sporne, że poszczególne elementy tych usług objęte są odmiennymi stawkami podatku od towarów i usług, a samo świadczenie

w ramach usług w Okresie Obsługi uznać

naależy za jedno, złożone świadczenie.

Izba w niniejszym postępowaniu, nie oceniając oferty Odwołującego, nie oceniała już, czy zamawianą usługę w Okresie Obsługi można uznać po prostu za kompleksową usługę nazwaną w uproszczeniu „prowadzeniem Zakładu” i tym samym możliwe byłoby uznanie za prawidłową innej stawki podatku – jak miało to miejsce w opiniach przedstawionych przez Odwołującego. Należy zauważyć, że – jak wynika z doświadczenia Izby – największą trudnością w stosowaniu jednolitej stawki podatkowej przy usługach kompleksowych jest ocena tej usługi, gdyż w tych samych stanach faktycznych częstokroć można przyjąć różne założenia i w związku z tym można dojść do różnych wniosków. Zaś sam charakter oceny takiej sytuacji powoduje, że wynik takiej oceny może być różny, co jest naturalną cechą oceny. Zatem dużą zaletą postępowania byłoby, gdyby Zamawiający już w specyfikacji wskazał stawkę, którą wykonawcy mieliby się posłużyć do celów sporządzenia oferty. Należy też przypomnieć, że obecnie zamawiający dysponują narzędziem do zapobiegania takim sporom, tj. możliwością wystąpienia o interpretację indywidualną dla celów postępowania (art. 14s ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa).

Natomiast w zakresie ocenianym, tj. oferty Przystępującego, jak już wskazano powyżej, Izba podzieliła stanowisko i argumentację Przystępującego i uznała, że przyjęcie założenia, iż wiodącym elementem (i celem) usług w Okresie Obsługi (jak też budowy samej spalarni) jest

zagoszczarowanie odpadów poprzez ich spalanie, jest prawidłowe, a tym samym prawidłowa jest stawka podatku od towarów i usług w wysokości 8%. Taki jest zresztą cel utworzenia Zamawiającego – jako zakładu utylizacji odpadów. Natomiast odzysk energii elektrycznej i ciepłej, a następnie jej sprzedaż, jest ubocznym efektem spalania. Z kolei utrzymanie instalacji spalarni ma charakter służebny w stosunku do samego spalania – bez sprawnej instalacji usługa nie może być prawidłowo wykonywana. Tym samym w ofercie Przystępującego Izba nie stwierdziła błędu w obliczeniu ceny w zakresie nieprawidłowo zastosowanej stawki podatku od towarów i usług.

W zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, która nie odpowiada treści specyfikacji ze względu na to, że treść załącznika nr 4 pod nazwą

50

„Wysokość odpowiedzialności Partnera Prywatnego za utratę Dotacji Unijnej” jest niezgodna z punktem VIII.3 specyfikacji Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (określającego możliwy do zastosowania przez zamawiającego zakres poprawek oferty). Poprzez „treść oferty” rozumie się jej zakres merytoryczny, odnoszący się – w skrócie – głównie do sposobu spełnienia świadczenia oraz wymaganych oświadczeń.

Oświadczeniem wymaganym w ramach przedmiotowego załącznika nr 4 było wskazanie przez wykonawcę (zadeklarowanie) wartości (kwoty) odpowiedzialności Partnera Prywatnego za utratę części lub całości Dotacji Unijnej z tytułu okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Oświadczenie to należało zamieścić w kolumnie zawartej tam tabeli. I Odwołujący, i Przystępujący w swoich ofertach takie oświadczenia (merytorycznie poprawne) zawarli – nie było to kwestionowane.

W formularzu cenowym, pod wspomnianą tabelą, Zamawiający zamieścił następujący tekst: „Minimalna wartość odpowiedzialności Partnera Prywatnego za utratę części lub całości Dotacji Unijnej z tytułu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Partner Prywatny wynosi 20 000 000 PLN”. Zmieniając specyfikację 17 stycznia 2017 r. Zamawiający dodał kolejny tekst: „Maksymalna wartość odpowiedzialności Partnera Prywatnego za utratę całości lub części Dotacji Unijnej z tytułu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Partner Prywatny będzie przyjęta dla oceny w kwocie nie większej niż 308.720.000 PLN”, nie przygotował jednak nowego wzoru załącznika nr 4.

Obaj wykonawcy złożyli formularze załącznika nr 4 tylko z jednym z powyższych tekstów, pomijając drugi. Jednak, jak należy przyznać rację Zamawiającemu i Przystępującemu, powyższe braki nie mają znaczenia dla poprawności złożonych ofert, ponieważ w formularzu tym treść oferty odnosiła się deklarowanej kwoty odpowiedzialności Partnera Prywatnego za utratę części lub całości Dotacji Unijnej z tytułu okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność, a oświadczenie to zawierało się w tabeli. Natomiast pominięte uwagi były jedynie informacją (przypomnieniem) ze strony Zamawiającego mającą ułatwić złożenie ofert (aby wykonawcy omyłkowo nie podali nieprawidłowych kwot) i nie stanowią o treści oferty wykonawcy. Tym samym nie należą do zakresu przedmiotowego objętego dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty.

51

W zakresie zarzutu nr 4 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji ze względu na dokonaną manipulację

w zakresie sposobu podziału wynagrodzenia należnego Przystępującemu w okresie obsługi Zakładu między część stałą wynagrodzenia oraz część zmienną wynagrodzenia prowadzącą do sytuacji, w której wynagrodzenie za świadczenia usług w części stałej jest wygórowane, a cena za część, która może w ogóle nie zostać zlecona, jest znacznie zaniżona, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepis ten odnosi się głównie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503). W art. 3 tej ustawy zdefiniowano pojęcie „czynu nieuczciwej konkurencji”, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniące funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

W ramach wyceny oferty wykonawcy mieli dokonać podziału wynagrodzenia w okresie obsługi Zakładu między część stałą wynagrodzenia oraz część zmienną wynagrodzenia, podane kwoty miały też stanowić jeden z elementów oceny punktowej oferty w ramach kryteriów oceny ofert.

Każdy z wykonawców (Odwołujący oraz Przystępujący) dokonał wyceny danej części wynagrodzenia według przyjętych przez siebie założeń, przy czym naturalną cechą założeń do wyceny oferty czy jej pewnego elementu jest, że nie muszą być one identyczne u wszystkich wykonawców – pewna swoboda jest prawem wykonawców, pod warunkiem, że założenia te nie były z gruntu nieprawidłowe (jak uznała Izba w wyroku z 11 sierpnia 2017 r.

52

w stosunku do oferty Odwołującego). Przy tym każda oferta badana jest w tym zakresie indywidualnie.

Izba zapoznała się z wyjaśnieniami Przystępującego w zakresie dokonanej przez niego wyceny i wzajemnego podziału pomiędzy część stałą wynagrodzenia oraz część zmienną wynagrodzenia, złożonymi w pismach procesowych oraz podczas rozprawy (znaczną część wyjaśnień została obszernie zacytowana powyżej) i uznała te wyjaśnienia za racjonalne, nie znajdując w nich oczywiście błędnych założeń.

Tym samym Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że wykonawca ten dokonał manipulacji w zakresie sposobu podziału wynagrodzenia w okresie obsługi Zakładu między część stałą wynagrodzenia oraz część zmienną wynagrodzenia prowadzącą do sytuacji, w której wynagrodzenie za świadczenia usług w części stałej jest wygórowane, a cena za część, która może w ogóle nie zostać zlecona, jest znacznie zaniżona. W związku z powyższym Izba nie stwierdziła również popełnienia przez niego czynu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutów:

- 1) zarzutu nr 5 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, która nie odpowiada treści Specyfikacji, ponieważ Przystępujący w załączniku nr 3 w kolumnach „Produkcja ciepła ZTPO dla GPEC” wskazał ilości energii cieplnej, która będzie sprzedawana Gdańskiemu Przedsiębiorstwu Energetyki Ciepłej sp. z o.o., które faktycznie są niemożliwe do osiągnięcia;
- 2) zarzutu nr 8 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, która nie odpowiada treści pkt. 1.4

Programu Funkcjonalno-Użytkowego będącego załącznikiem do Specyfikacji, ponieważ zadeklarowany przez Przystępującego poziom zużycia energii na potrzeby własne Zakładu, poziom zużycia wody w Zakładzie oraz ilość ścieków wobec używanej w Zakładzie wody nie uwzględnia zastosowania oczekiwanych przez Zamawiającego najlepszych rozwiązań dostępnych na rynku (Best Available Technology) w zakresie redukcji tych poziomów;

3) zarzutu nr 9 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, która nie odpowiada treści specyfikacji ze względu na wskazanie niższej niż faktyczna ilości odpadów poprocesowych, które będą powstawać w Zakładzie wobec ilości odpadów, które będą w nim przetwarzane,

53

choć zgodnie z pkt. 2.3 Mechanizmu Wynagradzania Wykonawcy w Okresie Obsługi, w ofercie Przystępującego powinna była zostać podana realna ilość odpadów poprocesowych powstających z odpadów przetwarzanych w Zakładzie Izba stwierdziła, co następuje.

W ocenie Izby istota tych zarzutów jest tożsama (dotyczą one kwestii technicznych), zatem tożsama jest również podstawa rozstrzygnięcia.

Jak wskazano powyżej, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (określającego możliwy do zastosowania przez zamawiającego zakres poprawek oferty w zakresie jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia). Poprzez „treść oferty” rozumie się jej zakres merytoryczny, odnoszący się – w skrócie – głównie do sposobu spełnienia świadczenia oraz wymaganych oświadczeń.

Złożone przez wykonawców oferty, a więc i oferta Przystępującego, nie zawierały opisu oferowanych rozwiązań technicznych i technologicznych – takie były założenia Zamawiającego co do zakresu oferty. Rozwiązania te zostaną zaprojektowane i szczegółowo opisane w ramach wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonawcy nie podawali też w ofertach nazw producentów i modeli założonych do użycia urządzeń i sprzętu ani ich dokładnych parametrów technicznych. Tym samym treść oferty Przystępującego nie zawiera żadnych informacji, które mogłyby być poddane ocenie w tym zakresie.

Również Odwołujący formułując swoje zarzuty oparł się na założeniach i osiąгах uzyskiwanych przez spalarnie budowane i eksploatowane w ramach doświadczenia grupy kapitałowej, do której należy (Odwołujący nie odniósł się nawet do produktów producentów wskazanych przez Przystępującego podczas rozprawy jako potencjalnie przewidzianych do użycia przy realizacji zamówienia). Tymczasem bezsporne jest, że Przystępujący nie oprze się na tych samych rozwiązaniach – przyznano to wprost podczas rozprawy. Tym samym w istniejącym stanie faktycznym nie było podstaw do uznania że treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w szczególności wobec braku treści oferty w kwestionowanym zakresie. Z powyższych powodów, zdaniem Izby, nie można też było ocenić negatywnie (jako niewiarygodnych) wyjaśnień Przystępującego złożonych w pismach procesowych oraz podczas rozprawy (ich znaczna część została obszernie zacytowana powyżej).

54

W zakresie zarzutu nr 6 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, która nie odpowiada treści specyfikacji, ze względu na niezgodne z pkt. 1.4.2 Wymagań Zamawiającego wypełnienie załącznika do oferty pod nazwą „Tabela Elementów Scalonych”, poprzez wskazanie liczby „1” jako liczby środków trwałych danego typu, które zostaną użyte w Zakładzie, podczas gdy wymagane było podanie liczby środków trwałych faktycznie planowanych przez oferenta do użycia w Zakładzie Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (określającego możliwy do zastosowania przez zamawiającego zakres poprawek oferty w zakresie jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia).

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na naczelną zasadę udzielania zamówień publicznych, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z punktem 1.4.2 Wymagań Zamawiającego Tabela Elementów Scalonych powinna uwzględniać realizację wszystkich elementów zawartych w umowie dla Okresu Projektowania i Budowy, tj. wszystkich obiektów wraz z wyposażeniem oraz czynności i robót budowlanych związanych z ich wykonaniem, zamówieniem, dostawą, budową, montażem i uruchomieniem, tak, aby elementy te zostały wykonane poprawnie z punktu widzenia celu, jakiego mają służyć, zgodnie z prawem, normami, zapisami projektów wykonawczych i branżowymi specyfikacjami wykonania i odbioru robót budowlanych. Oznacza to, że jakiegokolwiek pominięcia i niezgodności pomiędzy wypełnioną przez wykonawców Tabelą a Wymaganiami Zamawiającego (i załącznikami do nich, w tym PFU), będą stanowiły o sprzeczności oferty zawierającej tak wypełnioną Tabelę ze Specyfikacją.

Jak wynika z wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego oraz Zamawiającego, pierwszy z nich podał, a drugi odczytał wartości „1” zawarte w kolumnie „Ilość” Tabeli Elementów Scalonych nie jako jedną sztukę danego urządzenia/sprzętu/elementu, ale jako wymagany układ, zestaw czy komplet tych urządzeń, sprzętów, czy elementów. Jak wyjaśnił Przystępujący w przypadku wagi pomostowej (poz. 1) w kolumnie ilość, wartość „1” nie oznacza dostawy pojedynczej wagi pomostowej, ale kompletny układ wag zgodnie z PFU; podobnie jest w przypadku innych pozycji wymienionych przez Odwołującego w odwołaniu.

55

Na taki zamiar wskazują ich zdaniem w szczególności wartości tych pozycji, np. ww. pozycji dotyczącej wag czy pozycji nr 14 „rusztowiny”, w której wartość jednostkowa przekracza 11 mln zł, zatem nie może być ona ceną za jedną rusztowinę, lecz za cały układ rusztowin. Jak podkreślił Przystępujący, ten sam mechanizm został zastosowany również przez Odwołującego w odniesieniu do niektórych pozycji Tabeli Elementów Scalonych.

Zamawiający w swoim stanowisku podkreślał, że z jego punktu widzenia istotne jest – i taki był cel żądania Tabeli Elementów Scalonych w ofercie – podanie w Tabeli ogólnej wartości środków trwałych w poszczególnych pozycjach, a także

okres ich wymiany, a nie ich konkretna ilość wskazywana w sztukach. Dopiero na końcu realizacji kontraktu Zamawiający i wykonawca ustalą liczbę środków trwałych, zatem trudno też odnosić się do sztuk poszczególnych urządzeń. Poza tym w klasyfikacji materiałowej wszystkie wagi mogą stanowić jeden środek trwały (podobnie jeśli chodzi o inne pozycje).

Nie było też kwestionowane, że wartości poszczególnych pozycji (ich wycena w PLN) zostały podane prawidłowo, tj. Odwołujący nie wskazywał, iż są nierealne i nie odzwierciedlają rzeczywistych kosztów tych pozycji, a zatem nie kwestionowano, że w pozycjach tych, jak np. dotyczącej wag, wyceniono więcej niż jedną wagę (podobnie jeśli chodzi o inne pozycje).

Izba stwierdziła, że Zamawiający w kolumnie „Ilość” nie podał dla poszczególnych pozycji jednostek miary, które mają zostać zastosowane (sztuki, komplety, kilogramy, metry itd.). Zdaniem Izby pozycja „Ilość” z logicznego punktu widzenia odnosi się więc do jednostki miary, która ma zastosowanie do danego typu przedmiotu – należy jednak uwzględnić realne możliwości dokonania tego typu inwentaryzacji sprzętu/urządzeń/elementów na tym etapie postępowania. Zatem, w ocenie Izby, jakkolwiek wydaje się, że jednostką miary w takich pozycjach jak, przykładowo, wagi, powinny być raczej sztuki niż cały układ wag, zatem podanie liczby sztuk byłoby bardziej poprawne, to jednak nie można nie wziąć pod uwagę faktu, że ani sam obiekt, ani jego wyposażenie nie zostało jeszcze nawet zaprojektowane. Izba nie stwierdziła też naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający w ogóle nie porównywał ofert

w zakresie ilości zaoferowanego sprzętu, np. sztuk wag, a dodatkowo pozostawił wykonawcom w tym zakresie dużą dowolność wynikającą z faktu, że każdy z nich może zaprojektować spalarnię według własnego pomysłu (oczywiście zgodnego z założeniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Tym samym podanie, jak to nazwał Przystępujący „układów” zamiast konkretnej liczby sztuk, kompletów itp., choć mniej poprawne logicznie, nie jest niedopuszczalne czy niezgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

56

Jak wynika z punktu 1.4.2 Wymagań Zamawiającego, który powołał Odwołujący, Tabela Elementów Scalonych powinna uwzględniać realizację wszystkich elementów zawartych w umowie dla Okresu Projektowania i Budowy, tj. wszystkich obiektów wraz z wyposażeniem oraz czynności i robót budowlanych związanych z ich wykonaniem, zamówieniem, dostawą, budową, montażem i uruchomieniem, tak, aby elementy te zostały wykonane poprawnie z punktu widzenia celu, jakiemu mają służyć, zgodnie z prawem, normami, zapisami projektów wykonawczych i branżowymi specyfikacjami wykonania i odbioru robót budowlanych. Wyjaśnienia Przystępującego potwierdzają, że, pomimo niezbyt fortunnego wypełnienia kolumny „Ilość” Tabeli Elementów Scalonych, w ofercie zostały uwzględnione wymagania Zamawiającego, w tym pełne wyposażenie Zakładu. Tym samym nie stwierdzono merytorycznej niezgodności pomiędzy treścią oferty Przystępującego a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu nr 7 dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 4 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, która nie odpowiada treści pkt. VIII.6 specyfikacji ze względu na to, iż rubryka 65. tabeli „Fundusz Odtworzeniowy” stanowiąca część „Tabeli Elementów Scalonych” oraz załącznik nr 8 do oferty Przystępującego pod nazwą „Nakłady inwestycyjne i odtworzeniowe” zawierają sprzeczne dane dotyczące roku, w którym dojdzie do wymiany serwera, w ten sposób, że w rubryce 65. tabeli „Fundusz Odtworzeniowy” wskazany jest rok 2034, a załączniku 8 do oferty Konsorcjum rok 2036 Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (określającego możliwy do zastosowania przez zamawiającego zakres poprawek oferty w zakresie jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia).

Izba stwierdziła, iż w postępowaniu odwoławczym nie był kwestionowany stan faktyczny w postaci tego, że w ofercie Przystępującego w rubryce 65. tabeli „Fundusz Odtworzeniowy” (część Tabeli Elementów Scalonych) oraz w załączniku 8 do oferty „Nakłady inwestycyjne i odtworzeniowe” (obie pozycje dotyczyły tego samego serwera) zawarto odmienne dane dotyczące roku, w którym dojdzie do wymiany serwera, tj. w rubryce 65. tabeli „Fundusz Odtworzeniowy” wpisano rok 2034, zaś w załączniku nr 8 rok 2036.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego oraz Przystępującego, pomimo powyższej rozbieżności dat, w ofercie Przystępującego nie występuje wewnętrzna sprzeczność co do

57

daty wymiany serwera, która w obu przypadkach ma nastąpić po 15 latach od rozpoczęcia eksploatacji Zakładu, zgodnie z podaną wartością „Techniczny okres użytkowania”, a brak korelacji w datach wymiany podanych w załącznikach (rok 2034 i 2036) wynika wyłącznie z treści samych załączników przygotowanych przez Zamawiającego i braku korelacji pomiędzy zawartymi tam datami rozpoczęcia eksploatacji.

Izba uznała, że stan faktyczny wynikający ze stanowisk Zamawiającego i Przystępującego znajduje potwierdzenie w dokumentach postępowania: treści specyfikacji oraz oferty Przystępującego. Rzeczywiście Przystępujący obliczał lata w sposób określony przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w poszczególnych załącznikach, w których odmienne podano daty, od upływu których należy liczyć okres na

wymianę serwera (na marginesie, z których jedna była wyjątkowo nierealna). Niemniej jednak – niezależnie od wskazanych dat – w obu wypadkach był to okres lat 15.

Jak już Izba wskazywała powyżej, zamawiający odrzuca ofertę jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przystępujący wypełnił przedmiotowe załączniki w sposób określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem – pomimo ich wzajemnej niekompatybilności już na etapie specyfikacji – nie można mówić tu o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poza tym, jak wynika z przywołanej przez Przystępującego odpowiedzi Zamawiającego na prośbę o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, owej rozbieżności w treści załączników, nie można uznać nawet za wewnętrzny błąd specyfikacji, ponieważ podane w nich lata (w rozumieniu dat) są jedynie latami przykładowymi, a dla treści oferty istotne są lata w rozumieniu okresu następującego po zdarzeniu początkowym.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

58

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....

59