

Sygn. akt: KIO 1510/16
Sygn. akt: KIO 1518/16

WYROK
z dnia 20 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Robert Skrzyszewski
Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 sierpnia oraz 08 i 15 września 2016 r.**
w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **12 sierpnia 2016 r.** przez wykonawcę **Mitsubishi Hitachi Power System Europe GmbH, Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg, Republika Federalna Niemiec** reprezentowany przez: **M.S. Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o., ul. Bagatela 10/5, 00- 585 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1510/16)
- B. w dniu **12 sierpnia 2016 r.** przez wykonawcę **GE Power Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1518/16)

w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o., Świerże Górne, 26-900 Kozienice**

1

przy udziale:

- A. wykonawców **Rafako S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** oraz **GE Power Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1510/16** po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Mitsubishi Hitachi Power System Europe GmbH, Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg, Republika Federalna Niemiec** reprezentowany przez: **M.S. Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o., ul. Bagatela 10/5, 00-585 Warszawa** swoje do zgłaszającego przystąpienie postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1518/16** po stronie odwołującego
- C. wykonawcy **Rafako S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1518/16** po stronie zamawiającego

orzeka:

1A i B. oddała oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża Mitsubishi Hitachi Power System Europe GmbH, Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg, Republika Federalna Niemiec reprezentowany przez: M.S. Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o., ul. Bagatela 10/5, 00- 585 Warszawa i GE Power Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mitsubishi Hitachi Power System Europe GmbH, Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg, Republika Federalna Niemiec** reprezentowany przez: **M.S. Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o., ul. Bagatela 10/5, 00- 585 Warszawa i GE Power Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań;

3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: Mitsubishi Hitachi Power System Europe GmbH, Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg,

Republika Federalna Niemiec reprezentowany przez: M.S. Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o., ul. Bagatela 10/5, 00- 585 Warszawa oraz GE Power Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej z tytułu wpisu z uwagi na jego nadpłacenie, w tym kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Mitsubishi Hitachi Power System Europe GmbH, Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg, Republika Federalna Niemiec reprezentowany przez: M.S. Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o., ul. Bagatela 10/5, 00-585 Warszawa** oraz kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **GE Power Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1510/16

Sygn. akt: KIO 1518/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Dostawa i montaż instalacji katalitycznego odazotowania spalin dla kotłów AP - 1650 nr 9 i 10 wraz z modernizacją elektrofiltrów w ENEA Wytwarzanie sp. z o.o.”*, nr ref.: RZP-PT.2103.1.2016, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 053-088040 z 16.03.2016 r. przez ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o., Świerże Górne, 26-900 Kozienice zwana dalej: *„Zamawiającym”*.

W dniu 03.08.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – Rafako S.A. S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz zwana dalej: *„Rafako S.A. S.A.”* albo *„Przystępującym w sprawie KIO 1510/16 oraz KIO 1518/16”*. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło GE Power Sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa zwana dalej: *„GE Power Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym w sprawie KIO 1510/16”* albo *„Odwołującym w sprawie KIO 1518/16”*. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło Mitsubishi Hitachi Power System Europe GmbH, Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg, Republika Federalna Niemiec reprezentowany przez: M.S. Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o., ul. Bagatela 10/5, 00 - 585 Warszawa zwane dalej: *„Mitsubishi Hitachi Power System Europe GmbH”* albo *„Przystępującym w sprawie KIO 1518/16”* albo *„Odwołującym w sprawie KIO 1510/16”*.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1510/16 – Mitsubishi Hitachi Power System Europe GmbH:

W dniu 12.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Mitsubishi Hitachi Power System Europe GmbH wniosło odwołanie na czynność z 03.08.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.08.2016 r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”*:
1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 387 § 1 Kc

- poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Rafako SA, mimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób niemożliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3

4

ze względu na przyjęcie w ofercie innych niż wymagane przez Zamawiającego w SIWZ rozwiązań technicznych albo podanie nieprawdziwych i niemożliwych do osiągnięcia wielkości parametrów, dotyczących:

- a) *czyszczenia katalizatora w instalacji SCR*,
dla których wymagania określono w Części III SIWZ załącznik 1 rozdział 4.2. pozycja 7 (układ czyszczenia katalizatora) oraz w odpowiedzi z dnia 2 maja 2016 r. na pytanie nr 237, których wykonawca nie respektuje w złożonej ofercie.
- b) *odprowadzania popiołów spod lejów reaktorów SCR*
dla których wymagania określono w Części III SIWZ załącznik 1 rozdział 4.3 (układ odpowiadania spod reaktora SCR) oraz w odpowiedziach;
 - z 02.05.2016 r. na pytanie 237,
 - z 06.05.2016 r. na pytanie 238,
 - z 10.05.2016 r. na pytanie 47,
 - z 19.05.2016 r. na pytanie 558,- których Rafako S.A. S.A. nie respektuje w złożonej ofercie
- c) *zaprojektowania układu pomiaru, regulacji i wtrysku reagenta w zakresie (1) instalacji przygotowania wody amoniakalnej oraz (2) instalacji powietrza rozrzedzającego*
dla których wymagania określono w Części III SIWZ załącznik 1 rozdział 4.2 pozycja 3 oraz 3a, których Rafako S.A. nie respektuje w złożonej ofercie.

Każda z w/w niezgodności osobno sprawia, iż oferta Rafako S.A. nie odpowiada treści SIWZ i jest samoistną przesłanką odrzucenia tej oferty.

2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 387 § 1 Kc

- poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GE Power Sp. z o.o., mimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób niemożliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez wskazanie w ofercie niemożliwych do osiągnięcia parametrów przy przyjęciu wymaganych w SIWZ rozwiązań technicznych, co prowadzi do wniosku, iż albo przyjęto rozwiązania techniczne niezgodne z SIWZ albo podano nieprawdziwe wielkości parametrów niemożliwe do osiągnięcia, co w każdym przypadku sprawia iż rozwiązania oferowane przez GE Power Sp. z o.o., nie może być przyjęte ze względu na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 8)

- a) *czyszczenia katalizatora w instalacji SCR*,
dla których wymagania określono w Części III SIWZ załącznik 1 rozdział 4.2. pozycja 7 (układ czyszczenia katalizatora) oraz w odpowiedzi z 02.05.2016 r. na pytanie nr 237, których wykonawca nie respektuje w złożonej ofercie.
- b) *odprowadzania popiołów spod lejów reaktorów SCR*,
dla których wymagania określono w Części III SIWZ załącznik 1 rozdział 4.3 (układ odpowiadania spod reaktora SCR) oraz w odpowiedziach; , ,

5

- z 02.05.2016 r. na pytanie 237,
 - z 06.05.2016 r. na pytanie 238,
 - z 10.05.2016 r. na pytanie 47, - .. _
 - z 19.05.2016 r. na pytanie 558,
- których GE Power Sp. z o.o. nie respektuje w złożonej ofercie

- c) *zaprojektowania układu pomiaru, regulacji i wtrysku reagenta w zakresie (1) instalacji przygotowania wody amoniakalnej oraz (2) instalacji powietrza rozrzedzającego*
dla których wymagania określono w Części III SIWZ załącznik 1 rozdział 4.2 pozycja 3 oraz 3a, których GE Power Sp. z o.o. nie respektuje w złożonej ofercie.

Każda z w/w niezgodności osobno sprawia, iż oferta GE Power Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ i jest samoistną przesłanką odrzucenia tej oferty.

3. art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 355 § 1 i 2 - poprzez zaniechanie wezwania wykonawców do wyjaśnień w zakresie w/w elementów oferty i ich zgodności z SIWZ oraz przyczyn podania takich niemożliwych do osiągnięcia parametrów i przyjęcie bez

dokładnego zbadania i wbrew zasadzie staranności, którą powinien się kierować profesjonalista, iż podane przez obu wykonawców parametry zużycia pary wodnej, zużycia powietrza, a także zastosowane rozwiązania techniczne w zakresie instalacji wody amoniakalnej i układu powietrza rozrzedzającego są niemożliwe do osiągnięcia przy zastosowaniu rozwiązań zgodnych z SIWZ.

4. art. 91 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 355 § 1 i 2 - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie stanowi oferty najkorzystniejszej gdyż wybór przeprowadzono bez dokładnego i nacechowanego właściwą starannością zbadania ofert, a staranność ta prowadziła do wniosku o niemożności osiągnięcia podanych w ofertach parametrów przy zastosowaniu rozwiązań zgodnych z SIWZ. Ponadto przyjęto parametry niemożliwe do osiągnięcia (w zakresie zużycia pary wodnej i powietrza) uwzględniając je w kryterium koszty eksploatacji, co doprowadziło do zawyżenia ocen obu ofert objętych odwołaniem.
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert, mimo iż podanie nieprawdziwych i niemożliwych do osiągnięcia, wprowadzających w błąd poziomów zużycia pary wodnej i powietrza w określonych procesach prowadzi do uzyskania wyższej oceny w kryterium koszty eksploatacji i uzyskania zamówienia wskutek naruszenia prawa pozbawiającego tego zamówienia innego wykonawcy, który zachował się zgodnie z prawem.
6. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców, którzy podali nieprawdziwe informacje o parametrach instalacji SCR (układ czyszczenia katalizatora, układ odpowietrzania) w zakresie zużycia pary wodnej i powietrza, a informacje te będąc podstawą oceny ofert wprowadziły Zamawiającego w błąd wpływając na wynik postępowania, co w związku z zarzutem nr 3 (zaniechanie wyjaśnienia przyczyn podania

6

takich informacji) prowadzi do wniosku, iż Zamawiający nie ustalił, czy jest to działanie zawinione, a mimo to zaniechał wykluczenia wykonawców.

7. art. 90 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie zbadania czy cena oferty Rafako S.A. nie jest ceną rażąco niską, gdyż o ile oferuje rozwiązania w zakresie wody amoniakalnej i układu powietrza rozrzedzającego zgodne z SIWZ, a jednocześnie nie wymagające zużycia pary wodnej (co wykonawca zadeklarował w ofercie) to są to rozwiązania znacząco droższe, a oferta Rafako S.A. mimo to jest znacząco tańsza od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert i powinno to wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i skutkować obowiązkiem wezwania do wyjaśnień i udowodnienia realności ceny.

Z uwagi na powyższe zarzuty wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie ofert GE Power Sp. z o.o. i Rafako S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- 3) wykluczenia w/w wykonawców z postępowania jeśli informacje niezgodne z prawdą podano umyślnie ofertę potwierdzą iż podane parametry
- 4) wezwanie wykonawcy Rafako S.A. do złożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających iż cena jego oferty nie jest rażąco niska i odrzucenie tej oferty jeśli wykonawca nie wykaże iż cena nie ma takiego charakteru,
- 5) dokonanie ponownej oceny ofert co doprowadzi do wyniku przesądzającego o tym, że najwyższą ocenę uzyska oferta Odwołującego.

W postępowaniu objętym odwołaniem złożono 5 ofert w zamówieniu publicznym na „Dostawę i montaż instalacji katalizacyjnego odazotowania spalin dla kotłów AP-1650 nr 9 i 10 wraz z modernizacją elektrofiltrów w ENEA Wytwarzanie sp. z o.o.". Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na 3 pozycji, za ofertami Rafako S.A. (oferta oceniona jako najkorzystniejsza) i GE Power Sp. z o.o. Obie z ofert poprzedzających ofertę Odwołującego winny jednak zostać odrzucone. Nie uwzględniają one bowiem istotnych wymogów SIWZ, a w szczególności wymogów wskazanych w modyfikacjach SIWZ, zawartych w odpowiedziach na pytania Wykonawców, które stanowią wiążącą dla stron, w tym Zamawiającego wykładnię treści SIWZ i żądań Zamawiającego wobec przedmiotu zamówienia.

Ad 1 i 2

W toku postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy przed złożeniem ofert kierowali do Zamawiającego wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ. W odpowiedzi Zamawiający skonkretyzował informacje dotyczące parametrów, które winien uwzględniać wykonawca składający ofertę, zaś Zamawiający jest związany treścią odpowiedzi podczas oceny ofert.

Obaj wykonawcy, których dotyczy odwołanie, nie uwzględnili technicznych wymogów wynikających z odpowiedzi Zamawiającego na postawione mu pytania i złożyli oferty bez respektowania wiążących wymogów zawartych w odpowiedziach, a wręcz wbrew

7

wyrażonemu w nich zakazowi stosowania określonych rozwiązań. Niezgodności obu ofert z wymaganiami SIWZ są tożsame i dotyczą:

- a) czyszczenia katalizatora w instalacji SCR,
- b) odprowadzania popiołów spod lejów reaktorów SCR,
- c) zaprojektowania układu pomiaru, regulacji i wtrysku reagenta w zakresie (1) instalacji przygotowania wody amoniakalnej oraz (2) instalacji powietrza rozrzedzającego.

Poszczególne niezgodności polegają na nie spełnieniu wymogów SIWZ bądź zastosowaniu rozwiązań zabronionych SIWZ. W wyniku czego zostały osiągnięte parametry podane w ofertach (co jednak czyni ofertę sprzeczną z SIWZ). Niezgodności polegają także na zastosowaniu rozwiązań zgodnych z SIWZ przy jednoczesnym podaniu niemożliwych do osiągnięcia parametrów zużycia pary wodnej lub powietrza (co czyni ofertę nieważną na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 jako oferty zmierzającej do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe).

Odnosząc się do zarzutu z lit a)

W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, gdy po otwarciu ofert okazało się, że wykonawcy Rafako S.A. i GE Power Sp. z o.o. przedstawili zerowe zużycie pary wodnej w instalacji SCR podczas czyszczenia katalizatora. Jednocześnie w tejże instalacji Rafako S.A. przedstawiło zerowe, a GE Power Sp. z o.o. rażąco niskie - niemożliwe do osiągnięcia (tj. 66Nm³/h) zużycie powietrza.

W SIWZ oraz uszczegóławiających SIWZ odpowiedziach na pytania w zakresie istotnym w sprawie wskazano (SIWZ Część III, Załącznik 1, rozdział 4.2, pozycja 7: Układ czyszczenia katalizatora), że Zamawiający wymaga uwzględnienia w projekcie Instalacji możliwości stałej, zdalnej (w DCS) kontroli stanu katalizatora (opór katalizatora) oraz zastosowania odpowiednich metod czyszczenia. Oznacza to, że wymagana jest metoda oczyszczania katalizatora za pomocą (a) parowego zdmuchiwacza sadzy (do eksploatacji niezbędna jest para wodna) bądź (b) za pomocą akustycznych zdmuchiwaczy popiołu, czyli poprzez pyłofony (do eksploatacji niezbędne jest powietrze). W odpowiedzi na pytanie nr 237 Zamawiający stwierdził, że „Zastosowanie typu i ilości urządzeń użytych do oczyszczania elementów katalizatora należy do wykonawcy.”, przy czym Zamawiający wykluczył zastosowanie sprężarki, jak to wynika z odpowiedzi na pytania nr 237, w szczególności w świetle odpowiedzi na pytanie nr 558, a także z faktu, że Zamawiający nie uwzględnia kosztów energii elektrycznej dla zużycia sprężarek w ramach kalkulacji kosztów eksploatacji. W swojej ofercie Rafako S.A. podało zużycie zerowe pary wodnej w instalacji SCR podczas czyszczenia katalizatora, czyli Rafako S.A. nie zaoferowało parowej metody czyszczenia katalizatora. W związku z faktem, że również zużycie powietrza zostało podane jako zerowe, także metoda zastosowania pyłofonów nie została zaproponowana. Prawdopodobne jest, że pomimo wykluczenia przez Zamawiającego zastosowania własnej sprężarkowni, spółka

8

Rafako S.A. zamierza zainstalować sprężarki powietrza. Ich zastosowanie prowadzi do niezgodności z SIWZ. Z ostrożności procesowej należy nadmienić, że oferta zakładająca zastosowanie sprężarki w celu dokonywania czyszczenia katalizatora w instalacji SCR przesądza o czynie nieuczciwej konkurencji jako dodatkowej podstawie do odrzucenia oferty Rafako S.A., jak wskazano w zarzucie nr 5 i uzasadnieniu dla zarzutów 4-5. Zastosowanie sprężarki powoduje nieprzewidziane przez Zamawiającego zużycie energii elektrycznej dla funkcjonowania instalacji oczyszczania katalizatora na cele sprężenia powietrza. To z kolei zwiększa koszty eksploatacji, do których także należą koszty odpowiedniego serwisowania sprężarek. Koszty eksploatacji są jednym z kryteriów oceny ofert. Do ich obliczenia stosuje się metodę podaną w Części I: Instrukcji dla Wykonawców, punkt 20: Kryteria oceny Oferty. Metoda ta nie uwzględnia kosztu energii elektrycznej dla użycia sprężarek, co powoduje zaniżenie kosztów eksploatacji w stosunku do realnych kosztów eksploatacji uwzględniających dodatkowe koszty wzrostu zużycia energii. Rafako S.A. nie tylko więc

proponuje ofertę niezgodną z SIWZ, ale poprzez podanie kosztów zużycia sprężonego powietrza i pominięcie kosztów energii (dla sprężarek) dopuszcza się nieuczciwego zachowania w celu uzyskania wyższej oceny w kryterium „Koszty Eksploatacji”.

Z kolei w przypadku GE Power Sp. z o.o. zapewne wybrano akustyczne zdmuchiwacze popiołu, ponieważ podano, że zużycie pary wodnej wynosi zero. GE Power Sp. z o.o. podało zużycie powietrza w wymiarze 66 Nm³/h. Tak niskie zużycie powietrza w przypadku zastosowania akustycznych zdmuchiwaczy popiołu nie jest osiągalne. Akustyczne zdmuchiwacze popiołu wymagają znacznie wyższego zużycia powietrza na cele dokonania czyszczenia katalizatora. Akustyczne zdmuchiwacze wymagają dopływu powietrza oczyszczającego (przedmuchiującego) nawet w czasie, gdy nie są wykorzystywane do czyszczenia warstw katalizatora (w stanie gotowości, w celu zapobiegania osadzaniu się zanieczyszczeń itp.). Ponadto potrzebna jest dodatkowa ilość powietrza ze względu na realizację wymogu zdalnego sterowania zaworami itp. w ramach instalacji SCR. Podany przez GE Power Sp. z o.o. poziom zużycia powietrza jest zatem niemożliwy do osiągnięcia tym bardziej, że Zamawiający wymaga zainstalowania urządzenia czyszczącego także do trzeciej wolnej warstwy katalizatora (patrz odpowiedź na pytanie 513) i dodatkowo, podany przez GE Power Sp. z o.o. poziom zużycia powietrza odnosi się także do zastosowania przez GE Power Sp. z o.o. układu pneumatycznego do transportu popiołu spod reaktora SCR.

Zużycie powietrza w wymiarze 66 Nm³/h nawet przy pełnym obciążeniu kotła - co proponuje GE Power Sp. z o.o. - musi się zatem wiązać z użyciem sprężarek, a więc sposobem realizacji zamówienia niezgodnym z SIWZ.

Zastosowanie sprężarek jest czynnikiem podobnie jak w przypadku Rafako S.A. wpływającym - z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji - na wynik oceny w kryterium

9

kosztów eksploatacji (wyższa ocena poprzez niskie zadeklarowane zużycie powietrza i brak obniżenia oceny mimo używania energii elektrycznej podnoszącej koszty do zamontowanych sprężarek). Tym samym oferta GE Power Sp. z o.o. powinna być odrzucona z tych samych przyczyn co oferta Rafako S.A., tj. ze względu na czyn nieuczciwej konkurencji. Także w tym przypadku adekwatna jest argumentacja prawna przedstawiona w zarzucie nr 4 i uzasadnieniu łącznym dla zarzutów nr 4-5.

Odnosząc się do zarzutu z lit b)

Rafako S.A. S.A. przedstawiło zerowe zużycie powietrza podczas transportu popiołu w instalacji SCR. GE Power Sp. z o.o. przedstawiło zużycie na nierealnie niskim poziomie w wymiarze 66 Nm³/h łącznie z czyszczeniem katalizatora. Według wyliczeń Odwołującego minimalne zużycie powietrza wynosi 230 Nm³/h.

GE Power Sp. z o.o. i Rafako S.A. sformułowali takie propozycje pomimo, że Zamawiający w sposób jednoznaczny określił metody odprowadzania popiołu. Zamawiający wymagał odprowadzania popiołu do zbiorników pośrednich pod Elektrofiltr (EF), jak przedstawiono na Rys. 1, SIWZ przewiduje w Załączniku 1 do Umowy, punkt 4.3 system pneumatyczny, czyli zastosowanie sprężonego powietrza dla transportu popiołu. W odpowiedzi na pytanie nr 238 Zamawiający wypowiedział się co do technologii w tym przedmiocie: „Zamawiający wymaga możliwości odprowadzania popiołu grawitacyjnie do zbiorników pośrednich pod EF z zastosowaniem dozowników celkowych i klap migawkowych”. Jak wynika z Rysunku nr 1 poniżej zastosowanie metody grawitacyjnej w przypadku Bloku nr 10 nie jest możliwe. W tym zakresie przedstawił w odwołaniu rysunek przedstawiający – konfigurację transportu popiołu w instalacji SCR.

Zbiornik pośredni na w/w rysunku ulokowany jest na miejscu, które nie pozwala na swobodne opadanie popiołu tj. na zastosowanie metody grawitacyjnej transportu popiołu i w konsekwencji niezbędne jest skorzystanie ze sprężonego powietrza. W przypadku Bloku nr 10 zbiornik pośredni nie podlega relokalizacji, tak więc nie istnieje możliwość stworzenia konfiguracji, która pozwalałaby na zastosowanie metody grawitacyjnej. Zamawiający założył w swojej odpowiedzi na pytanie 238, że tam opisany transport grawitacyjny powinien mieć zastosowanie zarówno do Bloku nr 9 jak i do Bloku nr 10. Jak opisano powyżej, zastosowanie wydolnej metody w pełni grawitacyjnej nie wykorzystującej sprężonego powietrza nie jest możliwe. W związku z czym należy przyjąć, że postanowienia specyfikacji, czyli wymóg zastosowania systemu pneumatycznego (jednak bez zastosowania sprężarek) dla celu transportu popiołu, który będzie wspomagał grawitacyjne odprowadzanie popiołu

dopuszczone odpowiedzią na pytanie 238 są niezbędne. Zamawiający nigdy nie skreślił treści o wymogu stosowania systemu pneumatycznego z załącznika 1 do Umowy, Punkt 4.3. Niezbędne jest więc zarówno z powodów formalnych (wymóg SIWZ) jak i faktycznych (lokalizacja zbiornika, która uniemożliwia oparcie się o wyłącznie grawitacyjną metodę).

10

W przypadku, gdyby obaj wykonawcy założyli przeniesienie zbiorników pośrednich w celu osiągnięcia możliwości transportu grawitacyjnego, takie rozwiązanie byłoby również nie zgodne z SIWZ, gdyż możliwość relokacji zbiorników pośrednich w bloku nr 10 została wykluczona przez Zamawiającego.

Ponieważ GE Power Sp. z o.o. zakłada bardzo niski poziom zużycia powietrza, zaś Rafako S.A. wskazuje zużycie powietrza o poziomie zero, obaj wykonawcy musieli zaoferować niepneumatyczny układ usuwania popiołu z instalacji SCR. Jak powyżej opisano, takie rozwiązanie jest niezgodne z SIWZ i przy ułożeniu zbiornika popiołu niemożliwe dla osiągnięcia technologicznej wydolności systemu.

W odpowiedzi na pytania nr 237 i 558, Zamawiający odpowiedział, że nie jest dopuszczalne zastosowanie własnej sprężarki, co także wynika z metody kalkulacji kosztów eksploatacji.

W przypadku, gdyby obaj wykonawcy założyli zastosowanie układu pneumatycznego wspieranego za pomocą zastosowania sprężarek, rozwiązanie takie jest nie zgodne z SIWZ, gdyż zastosowanie sprężarek zostało przez Zamawiającego wykluczone, (odpowiedzi na pytanie 237 i 558).

Pneumatyczny układ wymagany przez zamawiającego musi wykorzystywać powietrze sprężone dostępne bez instalacji dodatkowych urządzeń. Zużycie powietrza na poziomie 66Nm³/h wg oferty GE Power Sp. z o.o. nie jest wystarczające dla zapewnienia transportu popiołu do zbiornika pośredniego bez zastosowania dodatkowych urządzeń. W związku z czym oferta GE Power Sp. z o.o. nie spełnia wymogów SIWZ i powinna być zostać odrzucona. Odpowiednio powinna być zostać odrzucona oferta Rafako S.A., które wskazało zużycie sprężonego powietrza na poziomie zerowym w związku z czym zakłada zastosowania sprężarki.

Z ostrożności procesowej nadmieniał, że oferta zakładająca zastosowanie sprężarki dla celu transportu popiołu przesądza o czynie nieuczciwej konkurencji jako dodatkowej podstawie do odrzucenia ofert GE Power Sp. z o.o. i Rafako S.A. Zastosowanie sprężarki powoduje nieprzewidziane przez Zamawiającego zużycie energii elektrycznej dla funkcjonowania instalacji odpopielania. To z kolei zwiększa koszty eksploatacji, do których także należą koszty odpowiedniego serwisowania sprężarek. Koszty eksploatacji są jednym z kryteriów oceny ofert. Do ich obliczenia stosuje się metodę podaną w Części I: Instrukcji dla Wykonawców, punkt 20: Kryteria oceny Oferty. Metoda ta nie uwzględnia kosztu energii elektrycznej dla użycia sprężarek, co powoduje zaniżenie kosztów eksploatacji w stosunku do realnych kosztów eksploatacji uwzględniających dodatkowe koszty zużycia energii. Brak kosztu lub zaniżony koszt energii elektrycznej dla użycia sprężarek (bez których system proponowany przez obu wykonawców nie zadziała) jest niepełnym podaniem danych, za które otrzymuje się punkty w kryteriach. Obaj wykonawcy nie tylko więc proponują ofertę

11

niezgodną z SIWZ, ale poprzez podanie kosztów sprężonego powietrza i pominięcie kosztów energii (dla sprężarek) dopuszczają się nieuczciwego zachowania w celu uzyskania wyższej oceny w kryterium „Koszty Eksploatacji”.

Nieważność umowy w myśl art. 387 § 1 kodeksu cywilnego

Ponadto biorąc pod uwagę powyższe informacje (dotyczące zarzutów z lit. a i b wobec obu Wykonawców) Zamawiający nie odrzucając ofert oferujących przedmiot zamówienia o parametrach niewykonalnych, niemożliwych do spełnienia naraża się nie tylko na brak świadczenia umownego, ale przede wszystkim na wystąpienie bezwzględnej nieważności zawartej w wyniku przetargu umowy.

Wynikająca z ofert niemożliwość świadczenia to tzw. niemożliwość obiektywna. Niemożność obiektywna oznacza świadczenie niewykonalne, zatem nie jest w stanie spełnić go ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi

z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (tak też SA w Poznaniu w wyroku z 27.05.1992 r., I ACr 162/92, OSA 1992, Nr 12, poz. 90, a także wyrok KIO z 19.03.2014, sygn. akt: KIO 444/14). Odwołujący chciałby wskazać, że przy spełnieniu wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ nie jest możliwe tak niskie (a tym bardziej zerowe) zużycie pary wodnej i powietrza przez zaoferowane rozwiązania z przyczyn obiektywnych wynikających ze stanu techniki. Tym samym oferty dotyczą świadczenia niemożliwego, a w konsekwencji umowa w przedmiocie zamówienia publicznego pomiędzy stronami jest niewykonalna nie tylko dla wybranego Wykonawcy ale dla każdego, kto miałby dostarczyć określony w ofercie przedmiot umowy. W myśl art. 387 § 1 kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Umowa taka nie wywołuje żadnych przewidzianych w niej skutków prawnych niezależnie od tego, czy którakolwiek ze stron o niemożliwości świadczenia (własnego lub drugiej strony) wiedziała. Nieważność umowy eliminuje zatem także możliwość dochodzenia kar umownych, przewidzianych w umowie, a także innych roszczeń, o których umowa stanowiła. (Wyrok SA w Katowicach z 21.1.2005 r., I ACA 1313/04, OSA 2005, Nr 1, poz. 4). Tym samym zachodzi konieczność odrzucenia obu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 jako nieważnej na podstawie przepisów odrębnych.

Odnosząc się do zarzutu z lit c)

Wykonawca Rafako S.A. podał zużycie pary wodnej jako zero t/h w wysokości niezależnie od warunków pracy kotłów. Z kolei wykonawca GE Power Sp. z o.o. podał to zużycie jako 0,96t/h przy 45% obciążenia, 1,30t/h przy 70% obciążenia i 1,85t/h przy 100% obciążenia kotła. W SIWZ Część III, Załącznik 1, rozdział 4.2, pozycja 3: „*Układ przygotowania i wtrysku reagenta*” - PWR wskazano na wymagania dotyczące przygotowania wody amoniakalnej i powietrza rozrzedzającego w następujący sposób:

• *Instalacja przygotowania wody amoniakalnej:*

Dla każdej Instalacji SCR wymagane jest zastosowanie czterech układów

12

przygotowania reagenta wraz z przynależnymi układami regulacji (3 podstawowe oraz 1 rezerwowym). Trzy z czterech układów przygotowania reagenta przypisane mają być oddzielnie dla każdego z reaktorów, czwarty układ przygotowania reagenta ma być układem rezerwowym, przełączany miejscowo i zdalnie do pracy za dowolnie wybrany układ przygotowania reagenta

Każdy układ przygotowania ma mieć możliwość pracy z obiema nitkami zasilania wodą amoniakalną z DRIM II. Zamawiający nie dopuszcza zastosowania parownika elektrycznego.

• *Instalacja powietrza rozrzedzającego umożliwiającego wprowadzenie wody amoniakalnej do strumienia spalin.*

Instalację ma składać się między innymi z wentylatorów, podgrzewacza powietrza, armatury/zaworów zapewniających bezpieczną pracę. Dopuszcza się również zastosowanie innych rozwiązań technicznych (układów technologicznych) zawierających inne elementy instalacji i umożliwiających skuteczne wprowadzenie reagenta do strumienia spalin

Zamawiający wymaga zastosowania dedykowanych wentylatorów powietrza rozrzedzającego do parowników (3 + 1).

Zgodnie ze specyfikacją istnieją zatem 2 sposoby nagrzewania amoniaku (NH_3) i rozrzedzającego powietrza zawierającego ten gaz:

(a) Podgrzewanie parą wodną (rozwiązanie podstawowe), jak przedstawiono na Rysunku nr 2 poniżej,

(b) Podgrzewanie alternatywne (np. spalinami, jak przedstawiono na Rysunku nr 3 poniżej).

Podgrzewanie odbywa się poprzez układ przygotowania reagenta (parownik/podgrzewacz), czyli kompletny układ dostarczania ogrzanej mieszaniny gazowej powietrza rozrzedzającego zawierającego amoniak i wodę. W każdym przypadku wymagane jest zgodnie ze specyfikacją posiadanie 4 osobnych układów na dany blok (1 na dany reaktor instalacji SCR x 3 reaktory + 1 wspólny układ zapasowy). Ponadto zgodnie ze specyfikacją zastosowanie parownika elektrycznego (podgrzewacza) jest niedozwolone.

Zerowy w przypadku Rafako S.A. oraz niespotykane niski w przypadku GE Power Sp. z o.o. wskaźnik przepływu pary wodnej podany w ich ofertach wskazuje, że ani RAFAKO S.A. ani GE Power Sp. z o.o. nie zastosowały rozwiązania podstawowego polegającego na podgrzaniu amoniaku i rozrzedzającego powietrza parą wodną.

W związku z powyższym energia wymagana do przygotowania niezbędnej mieszaniny gazowej powietrza rozrzedzającego zawierającego amoniak i wodę musi być

częściowo pozyskiwana ze źródeł innych niż para wodna. Źródłami alternatywnymi są np. podgrzewanie spalinami bądź podgrzewanie elektryczne, przy czym podgrzewanie elektryczne zostało przez Zamawiającego wykluczone.

Jak wynika z dokumentacji przetargowej, w przypadku zastosowania innych rozwiązań technicznych „*umożliwiających skuteczne wprowadzenie reagenta do strumienia*”

13

spalin”, rozwiązania te muszą być stosowane osobno dla każdego z trzech reaktorów oraz do dodatkowego układu zapasowego i należy zastosować je we wszystkich blokach z reaktorami. Wynika z tego, że w sumie cztery układy powietrza rozrzedzającego muszą składać się z czterech pojedynczych wymienników ciepła, wentylatorów powietrza rozrzedzającego lub jakiegokolwiek innego komponentu wymaganego w alternatywnym rozwiązaniu itp. Cztery dedykowane układy podgrzewania powietrza muszą być zainstalowane w kanale spalin (tj. w kotle), zaś cztery dedykowane rurociągi powietrza rozrzedzającego powinny zaopatrywać cztery stacje przy każdym kotle. Wymagana instalacja ogrzewania parą wodną lub alternatywnie spalinami została przedstawiona na rysunku 2 i 3 w odwołaniu. Rysunek 2 - instalacja podstawowa oparta o wykorzystanie pary wodnej /Podstawowa konfiguracja układu grzewczego NH₃ /powietrza/. Rysunek 3 - instalacja alternatywna oparta o spaliny /Dozwolona konfiguracja alternatywna układu grzewczego NH₃ /Parownika/. Z kolei rysunek 4 w odwołaniu to prawdopodobne rozwiązanie zastosowane przez obu wykonawców oparte o parownik elektryczny /Potencjalna konfiguracja układu grzewczego NH₃ /powietrza/. Jest to rozwiązanie niedopuszczalne SIWZ.

Jak powyżej stwierdzono, ze względu na zerowy w przypadku Rafako S.A. oraz niespotykane niski w przypadku GE Power Sp. z o.o. wskaźnik przepływu pary wodnej podany w ich ofertach wskazuje, że ani Rafako S.A. ani GE Power Sp. z o.o. nie zastosowały rozwiązań podstawowego polegającego na podgrzaniu amoniaku i rozrzedzającego powietrza parą wodną.

Ze względu na zerowy w przypadku Rafako S.A. i niską cenę oferty oraz niespotykane niski w przypadku GE Power Sp. z o.o. wskaźnik przepływu pary wodnej, żaden z wykonawców nie zaoferował (dozwolonego w SIWZ) podgrzewania mieszaniny wody amoniakalnej i powietrza spalinami jak przedstawiono na Rys. 3. Wskaźnik przepływu pary wodnej podany przez GE Power Sp. z o.o. nie jest wystarczający do nagrzewania NH₃ i rozrzedzającego powietrza.. To samo dotyczy Rafako S.A. S.A. Dodatkowo w przypadku Rafako S.A. nasuwa się wniosek, że Rafako S.A. nie zastosowało podgrzewania spalinami ze względu na niską cenę oferty. Rozwiązanie oparte na podgrzewaniu spalinami (Rys.3) wymaga dużych wymienników ciepła zainstalowanych w kanałach spalin. W związku z czym jest to rozwiązanie niedługo kosztowne i temu zastosowaniu przeczy cena oferty Rafako S.A. (zarzut jest rozwijany w punkcie 7).

Jak powyżej wskazano, najprawdopodobniej ani Rafako S.A. S.A. ani GE Power Sp. z o.o. nie zastosowały rozwiązań technicznych dozwolonych w SIWZ pomijając obowiązek zastosowania czterech odrębnych układów jak na Rys. 3 i stosując uproszczoną konfigurację jak na Rys. 4, bądź stosując podgrzewanie elektryczne.

Z danych powszechnie dostępnych wynika, że GE Power Sp. z o.o. stosuje co do zasady inne źródło energii zamiast pary wodnej, w celu wytworzenia gazowej mieszaniny

14

powietrza rozrzedzającego zawierającego amoniak i wodę, co przy bardzo niskim zaproponowanym w ofercie zużyciu pary ma prawdopodobnie miejsce także w tym postępowaniu. Oznacza to, że GE Power Sp. z o.o. wybrała inne rozwiązanie techniczne niż dopuszczalne SIWZ tj. ogrzewanie elektryczne. Ogrzewanie elektryczne nie jest jednak dozwolone zgodnie z wymogami SIWZ. W dokumentacji przetargowej wyraźnie zaznaczono (Część III, załącznik 1): „...Zamawiający nie dopuszcza stosowania parownika elektrycznego”, co odnosi się do parownika w rozumieniu specyfikacji: Parownik zawiera kompletny układ dostarczania ogrzanej mieszaniny gazowej powietrza rozrzedzającego zawierającego amoniak i wodę. Niezależnie od tego wytwarzanie takiej mieszaniny odbywa się w jednym etapie lub kilku w poszczególnych wymiennikach ciepła. Dla uniknięcia wątpliwości: „...Zamawiający wymaga zastosowania dedykowanych wentylatorów powietrza

rozrzedzającego dla parowników (3 + 1)..." Ten cytat wyraźnie wskazuje, że ogrzewanie powietrza rozrzedzającego stanowi część procesu odparowywania mającego na celu wytworzenie gazowej mieszaniny powietrza rozrzedzającego zawierającego amoniak i wodę, a rozwiązania inne w stosunku do nagrzewania NH₃ i rozrzedzającego powietrza - oparte o parownik elektryczny są niedopuszczalne.

Brak jakiegokolwiek zużycia pary wodnej w ofercie Rafako S.A. niezbędnego dla korzystania z rozwiązania podstawowego i zbyt wysoki koszt by osiągnąć cenę oferty taką jak proponuje Rafako S.A. czyni zasadnym zarzut skorzystania również przez Rafako S.A. z rozwiązań niezgodnych z SIWZ np. opartych o parownik elektryczny lub uproszczony schemat.

Innymi słowy, istnieje istotne prawdopodobieństwo, że obaj wykonawcy oferują Zamawiającemu wykonanie zamówienia w sposób inny niż określony w SIWZ stosując parownik elektryczny do nagrzewania NH₃ i rozrzedzającego powietrza, bądź uproszczony schemat jak na Rysunku nr 4, czyli bez zastosowania czterech odrębnych układów. Zgodnie z wyrokiem KIO z 18.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2571/14: „(...) niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. (...) Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba podkreśla, iż należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu

15

zamówienia lub innych ukształtowanych przez Zamawiającego i zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w W. z 10 lipca 2008 r. sygn. akt: V Ca 1109/08).” Złożenie ofert w kształcie, jak opisano wyżej w odwołaniu, powoduje, że zachodzi niezgodność zobowiązania, które w swojej ofercie wyrazili Rafako S.A. i GE Power Sp. z o.o. z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający i które opisał w SIWZ (wyrok KIO z 13.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2253/14). Taka oferta (a więc zarówno oferta Rafako S.A. jak i GE Power Sp. z o.o.) nie może być przyjęta. Dodatkowo odnośnie GE Power Sp. z o.o. należy nadmienić, że w przypadku złożenia oferty na dozwolony przez SIWZ alternatywny sposób ogrzewania spalinami, zużycie pary wodnej zostało wskazane na poziomie tak niskim, że pojawia się problem niemożności spełnienia świadczenia. Podobnie jak w przypadku powyżej opisanym dotyczącym zapewnienia transportu popiołu istnieje także tu przypadek obiektywnej niemożności ze skutkami opisanymi powyżej pod punktem „Nieważność umowy w myśl art. 387 § 1 kodeksu cywilnego”.

ad 3.

W toku badania i oceny ofert, Zamawiający może, zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonych ofert. Uprawnienie to jednak przeradza się w obowiązek gdy zaniechanie uzyskania wyjaśnień prowadzi do przyjęcia oferty, co do której zachodziły przesłanki odrzucenia lub należało w inny sposób ją ocenić, a Zamawiający, nie uzyskując wyjaśnień dokonał czynności oceny błędnie. Taka sytuacja ma miejsce w postępowaniu objętym odwołaniem. Profesjonalista jakim jest Zamawiający bez trudu winien zauważyć, że wykonawcy oferują uzyskanie parametrów zużycia pary wodnej/ powietrza na poziomie niemożliwym do uzyskania zarówno w przypadku układu czyszczenia katalizatora SCR jak i transportu popiołu, jak i stanowią nierealne dane w odniesieniu do przygotowania wody amoniakowej. Zamawiający zaniechał wyjaśnień i wskutek tego niewłaściwie zinterpretował treść oferty, wskutek czego ocena oferty została dokonana z naruszeniem prawa polegającym na decyzji o ich nie odrzuceniu, która byłaby inna, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy. Ten sposób rozumienia przepisu potwierdza wyrok ZA z 04.07.2003 r., UZP/ZO/0-936/03, w którym uwzględniając odwołanie, Zespół stwierdził:

"Zamawiający może, ale nie musi, z tego uprawnienia skorzystać. (...) Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki". Tak też orzecznictwo KIO np. wyrok z 05.11.2009 r., KIO/UZP 1443/09. Zamawiający nie korzystając z normy art. 87 ust. 1 doprowadził do ustalenia wyniku postępowania niezgodnie z prawem i stanem faktycznym, co czyni zarzut naruszenia przepisu zasadnym.

16

ad 4 i 5

Argumentację dotyczącą braku możliwości osiągnięcia poziomów zużycia powietrza i pary wodnej podanych w obu objętych odwołaniem ofertach przedstawiono wyżej. Dodatkowo jednak należy podnieść, że w SIWZ (rozdział 20 Instrukcji dla Wykonawców) wskazano, iż jednym z kryteriów oceny ofert będą koszty eksploatacyjne. W zawartej na stronie 29 IDW metodyce obliczeń poszczególnych kosztów eksploatacyjnych wskazano, że dla instalacji SCR będą to między innymi koszty reagenta (wody amoniakalnej), koszty sprężonego powietrza, koszty pary wodnej. Ponadto dla elektrofiltru będą to koszty sprężonego powietrza dla układu odpopielania. Podając zużycie pary wodnej i powietrza na niemożliwych do osiągnięcia - zaniżonych - poziomach, wykonawca uzyskuje ocenę wyższą niż miałoby to miejsce przy podaniu parametrów faktycznych. Takie zaniżenie parametrów winno być także oceniane jako czyn nieuczciwej konkurencji tj. działanie zmierzające do osiągnięcia nieuprawnionej (wskutek naruszenia prawa) przewagi konkurencyjnej. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (art. 3 ust. 1 ustawy ZNK). Czynem nieuczciwej konkurencji jest także takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich (art. 10 ust. 1 ustawy ZNK). W sprawie objętym odwołaniem doszło do popełnienia takiego czynu. Oznaczenie parametrów usługi jest sprzeczne z prawem tj. wymogiem by informacje o świadczeniu w ofercie odpowiadały faktycznie oferowanemu świadczeniu (podanie informacji nieprawdziwych narusza art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie odpowiada istocie pojęcia oferty z art. 66 Kc, prowadzi do przyjęcia oferty poprzez pozostawanie w błędzie wywołanym działaniem wykonawcy a w konsekwencji umowy nieważnej z mocy art. 84 Kc). Na to, iż podawanie nieprawdziwych danych w ofercie stanowi naruszenie dobrych obyczajów dowód jest zbyteczny. Te nieprawdziwe informacje o świadczeniu dotyczą jego istotnych cech, tj. kosztów eksploatacji. Zamawiający istotność tą podkreślił uznając akurat te cechy za stanowiące podstawę wyboru oferty w świetle kryteriów. Podanie informacji niezgodnych ze stanem faktycznym prowadzi jednocześnie do naruszenia praw (interesu) innego przedsiębiorcy, który zostaje pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. W całości więc wypełnia się przesłanka konieczności odrzucenia obu ofert, w których podano takie informacje, a tym bardziej konieczność unieważnienia czynności oceny ofert dokonanej z wykorzystaniem tych wartości podanych w ofertach.

ad 6

17

Za nieprawdziwą informację - co potwierdza liczne orzecznictwo - należy uznać taką, która wynika z celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy. Taka interpretacja widoczna jest zarówno w wyrokach KIO (sygn. KIO/UZP 814/08, KIO/UZP 583/09, KIO 1820/10, KIO 2770/10, KIO 600/12 oraz wielu innych) jak i sądów okręgowych, jak chociażby w wyroku z 30.10.2008 r., sygn. akt: X Ga 296/08 lub też w wyroku z 19.07.2012 r., sygn. akt: IV Ca 683/12, w którym stwierdzono, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu w celu uzyskania zamówienia publicznego. Wielokrotne podanie przez każdego z wykonawców zerowego lub zaniżonego (niemożliwego do osiągnięcia) parametru zużycia pary wodnej lub powietrza - w różnych procesach zachodzących podczas funkcjonowania instalacji, które bez zużycia tych

nośników nie mogą funkcjonować, gdyż inne metody ich działania zostały zabronione w SIWZ (co wykazano wyżej), nie może być uznane za przypadkowe działanie. O ile więc zastosowano rozwiązania dopuszczalne SIWZ, dla których zerowe i tak niskie zużycie jest niemożliwe - mamy do czynienia z celowym zaniżeniem parametrów zużycia nośników, z zamiarem uzyskania wyższej punktacji w ocenie ofert w kryterium koszty eksploatacyjne. Wprowadzony w błąd zamawiający przyzna bowiem lub mógłby przyznać zamówienie takiemu wykonawcy, który owe informacje złożył kosztem innego wykonawcy. Ta okoliczność wyczerpuje ostatni ze składników przesłanki tj. możliwość wpływu informacji na wynik postępowania. Jeśli natomiast informacja o zużyciu pary/powietrza jest prawdziwa - wówczas ten zarzut nie jest trafny, ale podanie tych informacji zgodnie z prawdą oznacza, że zastosowano rozwiązania niezgodne z SIWZ, gdyż SIWZ bezwzględnie wymagała użycia rozwiązań opartych o zużycie powietrza/pary wodnej podczas gdy w ofertach tego zużycia (całkiem lub na wymaganym dla działania rozwiązaniach poziomie) brak.

ad 7

Zamawiający wbrew swemu obowiązкови zaniechał wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w ofercie Rafako S.A. Obowiązek ten powstaje nie tylko, gdy działanie matematyczne wskazuje na różnicę ponad 30% między wartością zamówienia a ceną oferty lub między średnią arytmetyczną cen ofert a ceną oferty, ale zawsze gdy wydaje się, że cena jest rażąco niska. Zwrot „*wyda się*” skierowany jest do Zamawiającego, jako podmiotu, którego obowiązkiem jest badanie i ocena ofert. Wbrew językowej definicji „*wyda się*” nie odnosi się do sfery odczuć („*wydawać się*” to „*wywołać jakieś wrażenie*” - Słownik Języka Polskiego PWN), lecz do sfery wiedzy. Zamawiający dokonując oceny ofert musi odnieść ją do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić, czy wrażenie o rażąco niskim poziomie ceny jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia ceny. Zamawiający pominął całkowicie fakt, że oferta Rafako S.A. wskazując, iż nie zużywa (zużycie zerowe) pary wodnej do odparowywania

18

i ogrzewania amoniaku i powietrza rozrzedzającego, musi opierać się na droższym rozwiązaniu technologicznym (podgrzewaniu spalinami), a mimo to proponuje niezmiernie niską cenę.

Zastosowanie innych rozwiązań technicznych „*umożliwiających skuteczne wprowadzenie reagenta do strumienia spalin*” wymaga by były one stosowane osobno dla każdego z trzech reaktorów oraz do dodatkowego układu zapasowego i należy zastosować je we wszystkich blokach z reaktorami. Wynika z tego, że w sumie cztery układy powietrza rozrzedzającego muszą składać się z czterech pojedynczych wymienników ciepła, wentylatorów powietrza rozrzedzającego lub jakiegokolwiek innego komponentu wymaganego w alternatywnym rozwiązaniu itp. Cztery dedykowane układy podgrzewania powietrza muszą być zainstalowane w kanale spalin (tj. w kotle), zaś cztery dedykowane rurociągi powietrza rozrzedzającego powinny zaopatrywać cztery stacje przy każdym kotle. Wymagana instalacja ogrzewania parą wodną lub alternatywnie spalinami została przedstawiona na rysunku 2 i 3. To rozwiązanie techniczne jest uważane za niezwykle pracochłonne i kosztowne. Biorąc pod uwagę niską cenę oferty nie jest możliwe by zostało zaproponowane za tą cenę rozwiązanie zgodne z SIWZ. Przyjmując jednak, że takie rozwiązanie Rafako S.A. oferuje - Zamawiający wiedząc jako profesjonalista o jego kosztowności i porównując ze znacząco odbiegającej od przeciętnej ceną oferty Rafako S.A. nie mógł przyjąć, że oferta znacznie tańsza oferuje rozwiązania znacznie droższe i nie *budzi to wątpliwości*. Wątpliwości te przy zachowaniu z profesjonalną starannością musiały powstać, a brak wezwania do wykazania realności ceny Rafako S.A. stanowi tym samym zaniechanie zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp.

Dodatkowe wnioski dowodowe

Ponadto Odwołujący wskazuje, że zarzuty niezgodności treści oferty z treścią SIWZ formułowane są w części bez możliwości dostępu do ofert w związku z zastrzeżeniem przez wykonawców Rafako S.A. oraz GE Power Sp. z o.o. znaczącej części informacji w ofertach jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazuje jednak, że brak możliwości technologicznych (z przyczyn jak w uzasadnieniu i składanych dowodach) by osiągnięto wskazywane w obu Ofertach parametry tj.

- zerowe lub minimalne zużycie pary wodnej, zużycie powietrza podczas czyszczenia katalizatora w instalacji SCR przy zastosowaniu rozwiązań zgodnych z SIWZ
- zerowe lub minimalne zużycie powietrza podczas odprowadzania popiołów spod lejów •

- reaktorów SCR przy zastosowaniu rozwiązań zgodnych z SIWZ
- zerowe lub minimalne zużycie pary wodnej przy zaprojektowaniu układu pomiaru, regulacji i wtrysku reagenta w zakresie (1) instalacji przygotowania wody amoniakalnej oraz (2) instalacji powietrza rozrzedzającego w sposób zgodny z SIWZ

19

Zgodnie z zasadą wskazaną przez TSUE (sprawa Varec SA C-450/06) Odwołujący wnosił o zweryfikowanie przez KIO, czy poza okolicznościami niezgodności ofert z SIWZ i innymi naruszeniami prawa ma miejsce wskazywana w odwołaniu niezgodność obu ofert z SIWZ ze względu na zaproponowanie rozwiązań zakazanych postanowieniami specyfikacji tj. czy w ofertach:

- zastosowano sprężarki przy układzie oczyszczalnia katalizatora w instalacji SCR lub w układzie odpopielania
- przesunięto zbiornik pośredni bloku nr 10
- zastosowano inne systemy niż pneumatyczny system odpopielania lub system czysto grawitacyjny z zastosowaniem dozowników celkowych i klap migawkowych w układzie odpopielania
- zastosowano niezgodnie z SIWZ inne niż przy użyciu pary wodnej i spalin, a w szczególności z wykorzystaniem parownika elektrycznego metody nagrzewania NH_3 oraz powietrza rozrzedzającego (np. w sposób wskazany na rysunku 3 powyżej).

W przypadku gdyby w wyniku tej weryfikacji okazało się, że wykonawca zaoferował rozwiązania sprzeczne z SIWZ, tj. polegające na choćby jednym z poniższych rozwiązań

- zastosowaniu sprężarek przy układzie oczyszczalnia katalizatora lub w układzie odpopielania
 - przesunięciu zbiornika pośredni bloku nr 10
 - pominięcia obowiązku zastosowania systemu odpopielania pneumatycznego lub systemu odpopielania czysto grawitacyjnego z zastosowaniem dozowników celkowych i klap migawkowych w układzie odpopielania
 - zastosowaniu niezgodnie z SIWZ inne niż przy użyciu pary wodnej i spalin, a w szczególności z wykorzystaniem parownika elektrycznego metody nagrzewania NH_3 oraz powietrza rozrzedzającego
- niezbędne jest odrzucenie ofert.

W przypadku gdyby którykolwiek z wykonawców deklarował podając w ofercie, że stosując rozwiązania zgodne z SIWZ osiągnie takie jak podał w ofercie parametry zużycia pary wodnej i powietrza we wskazywanych wyżej procesach, Odwołujący wnosi by w przypadku uznania, że argumenty i dowody Odwołującego utrudnione ze względu na brak dostępu do ofert wykonawców zostały uzupełnione o dowód z opinii biegłego, a tym samym wnioskuje o powołanie biegłego z zakresu energetyki w celu ustalenia: „Czy przy zastosowaniu rozwiązań dotyczących: 1) czyszczenia katalizatora w instalacji SCR; 2) odprowadzania popiołów spod lejów reaktorów SCR; 3) układu pomiaru, regulacji i wtrysku reagenta w zakresie (-) instalacji przygotowania wody amoniakalnej oraz (-) instalacji powietrza rozrzedzającego; tj przy braku zastosowania sprężarek powietrza, obowiązku grawitacyjnego odpopielania i stosowania dozowników celkowych oraz klap migawkowych

20

przy braku możliwości przesunięcia pośredniego zbiornika popiołu oraz zakazie stosowania parowników elektrycznych w Instalacji wody amoniakalnej i powietrza rozrzedzającego - możliwe jest osiągnięcie zużycia pary wodnej oraz powietrza w wielkościach podanych przez wykonawców Rafako S.A. oraz GE Power Sp. z o.o. w ich ofertach oraz odprowadzanie popiołów zgodnie z wymogami SIWZ.”

Odwołujący stwierdził, że przedstawi podczas rozprawy dowody, z których wynika, że w normalnych warunkach i przy wykorzystaniu dostępnych rozwiązań technologicznych osiągnięcie w/w parametrów z ofert przy zachowaniu ich zgodności z SIWZ jest niemożliwe. Rafako S.A. i GE Power Sp. z o.o. musiałyby być dostępne rozwiązania nie znane rynkowi. Badanie biegłego jest konieczne dla ustalenia, czy takie rozwiązania przedstawiono w ofertach, czy też oferty proponują rozwiązania rynkowe deklarują jednocześnie osiągnięcie niemożliwych poziomów parametrów zużycia pary wodnej i powietrza co czyni je

niezgodnymi z SIWZ.

Zamawiający w dniu 16.08.2016 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) GE Power Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu.

W dniu 18.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Rafako S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1518/16 – GE Power Sp. z o.o.:

W dniu 12.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) GE Power Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 03.08.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.08.2016 r. (e-mailem). Wobec następujących zaniechań:

1. zaniechania wezwania Rafako S.A. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;
2. zaniechania wezwania Rafako S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie przyjętych rozwiązań związanych ze zużyciem sprężonego powietrza oraz przyjętych rozwiązań zapewniających nieprzekroczenie parametru maksymalnego spadku temperatury spalin;

21

-
3. zaniechania odrzucenia oferty Rafako S.A. z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, ewentualnie również z powodu jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów .

Wobec powyższego Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Rafako S.A. do udzielenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera cenę zdecydowanie niższą od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz względem wartości zamówienia, a w szczególności wynagrodzenie za roboty budowlane jest kilkunastokrotnie niższe od oferowanego przez pozostałych wykonawców, co przesądza o zaoferowaniu przez Rafako S.A. ceny rażąco niskiej;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Rafako S.A. jako niezgodnej z treścią SIWZ, podczas gdy oferta tego wykonawcy przewiduje zastosowanie rozwiązań wykluczonych Zamawiającego w zakresie zużycia sprężonego powietrza, tj. użycie nieprzewidzianych w SIWZ i wykluczonych w wyjaśnieniach do SIWZ sprężarek powietrza, a także zaoferowanie rozwiązań niezapewniających zachowania gwarantowanych parametrów maksymalnego obniżenia temperatury spalin;
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez podejmowanie czynności w Postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami Pzp. Ponadto z ostrożności procesowej zarzucił Zamawiającemu również naruszenie:
4. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Rafako S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie sposobu, w jaki zamierza wykluczyć zużycie sprężonego powietrza oraz przyjętych rozwiązań zapewniających nieprzekroczenie parametru maksymalnego spadku temperatury spalin w wysokości 3° w przypadku C zastosowania rozwiązania wykorzystującego strumień spalin do ogrzania powietrza rozrzedzającego i odparowania wody amoniakalnej;
5. art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Rafako S.A. pomimo jej nieważności na podstawie ww. przepisu Kodeksu cywilnego, jako zawierającej zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, bowiem zawarte w ofercie deklarowane nieprzekroczenie spadku temperatury spalin przy przyjętym w ofercie rozwiązaniu jest obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia;

W związku z powyższym, wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości

i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt.1 Pzp:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;

22

3. wezwania Rafako S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;
4. wezwania Rafako S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie przyjętych rozwiązań związanych ze zużyciem sprężonego powietrza oraz przyjętych rozwiązań zapewniających nieprzekroczenie parametru maksymalnego spadku temperatury spalin;
5. odrzucenia oferty Rafako S.A. z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, względnie również z powodu jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów oraz z powodu rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Ponadto wnosił o:

6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania (na okoliczności wskazane w odwołaniu);
7. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu termodynamiki i obliczeń cieplnych celem ustalenia, czy możliwe jest zapewnienie spadku temperatury spalin w katalizatorze instalacji odazotowania spalin SCR nieprzekraczającego 3° w przypadku zastosowania rozwiązania wykorzystującego C strumień spalin do ogrzania powietrza rozrzedzającego i odparowania wody amoniakalnej;
8. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odnosnie zarzutu rażąco niska cena oferty Rafako S.A.

Zamawiający nie przeprowadził prawidłowej oceny oferty Rafako S.A., a w szczególności nie poddał odpowiedniej analizie ceny tej oferty oraz jej elementów. Zgodnie ze złożoną ofertą Rafako S.A. zobowiązał się zrealizować zamówienie za łączną kwotę 355.693.997,76 zł brutto, a zatem o ponad 23% mniej niż wynosi średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert (462.994.491,90 zł) i ponad 10% mniej niż szacunkowa wartość zamówienia brutto (395.973 900,00 zł). Szczegółowe zestawienie cen ofert ilustruje poniższa tabela:

23

SBB ERBUD YARA Mitsubishi GE Rafako S.A. Średnia
Opole Energomontaż Hitachi Power arytmetyczna

cena [zł]	551 655 515 001 450 008 442 614 355 693 462 994 000,00 000,00 191,89 270,00 997,76 491,90
stosunek do	
średniej	119,15% 111,23% 97,20 % 95,60 % 76,82 % -
arytmetycznej	
cen stosunek do	
wartości	139,32 % 130,06 % 113,65% 111,78% 89,83 % -
zamówienia	
stosunek do	
ceny w ofercie	155,09% 144,79 % 126,52 % 124,44% 100% -
Rafako S.A.	

Tym samym już sama różnica pomiędzy ceną oferty Rafako S.A. a ofertami pozostałych wykonawców wskazuje, że kwota zaoferowana przez tego wykonawcę jest nieadekwatna, nierynkowa i powinna wzbudzać uzasadnione wątpliwości co do rzeczywistej możliwości wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ za wskazane wynagrodzenie. Zauważyć przy tym należy, że kwotowo różnica pomiędzy ofertą Odwołującego a ofertą Rafako S.A. wynosiła aż 86 920 272,24 zł. Dla przykładu cena kolejnych ofert drugiej i trzeciej, tj. oferty

GE oraz Mitsubishi Hitachi różniła się już tylko o ok. 7 393 921,89zł.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający jest zobowiązany do wszczęcia procedury wyjaśniającej realność i rynkowość zaoferowanej ceny zawsze, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska, nawet jeżeli nie został przekroczony próg 30% różnicy ceny wobec średniej cen wszystkich ofert lub wartości zamówienia. Uzasadnione wątpliwości Zamawiającego powinna budzić sytuacja, gdy ceny wszystkich złożonych ofert kształtują się na zbliżonym pułapie, a jednocześnie są od 24% do 55% wyższe od oferty najtańszej (pomijając już, że jest to jedyna oferta znajdująca się poniżej wartości szacunkowej zamówienia), co ma miejsce w niniejszym postępowaniu. W tym stanie rzeczy już proste zestawienie cen ofert i ich procentowego stosunku wskazuje, że oferta Rafako S.A. może zawierać cenę rażąco zaniżoną, co też uzasadnia wątpliwości odnośnie adekwatności i realności tej ceny. Natomiast uważna analiza wyszczególnionych części składowych ceny oferty jedynie utwierdza w przekonaniu, że za zaoferowane wynagrodzenie Rafako S.A. nie zrealizuje zamówienia w sposób określony w SIWZ.

Poważne wątpliwości Zamawiającego powinno wzbudzić zwłaszcza wskazane przez

24

Rafako S.A. wynagrodzenie za roboty budowlane, które w przypadku Zadania nr 1 wynosi 5.640.400 zł, a Zadania nr 2 - 3.690.802 zł, co jest szczególnie zastanawiające, jeżeli weźmie się pod uwagę, że pozostali oferenci wskazywali w tym zakresie kwoty na pułapie 60 mln - 165 mln zł za Zadanie nr 1 i 27,4 - 102 mln zł za Zadanie nr 2. (Wyjątkiem jest oferta SBB Energy S.A., co do której należy zgłosić identyczne wątpliwości jak w przypadku Rafako S.A.). Wyjaśnić też należy, że jakkolwiek głównym przedmiotem zamówienia są dostawy, to jednocześnie obejmuje ono szczególnie szeroki zakres prac budowlanych, w tym między innymi fundamenty i konstrukcje budowlane dla urządzeń instalacji SCR, stacji wody amoniakalnej, elektrofiltrów, wentylatorów spalin, montaż dostarczonych urządzeń, instalacji, wyposażenia, a także pozostałe elementy infrastruktury takie jak drogi, chodniki, place, instalacje doprowadzające i odprowadzające media do i z instalacji SCR, stacji wody amoniakalnej i elektrofiltrów, instalacje oświetlenia terenu i inne (pkt 3.2.1 Umowy). Dowód - Załącznik nr 2 do oferty Rafako S.A..

Powyższe oznacza, że w ofercie Rafako S.A. nie uwzględniono wszystkich czynników cenotwórczych (a nawet większość z nich pominięto) już w odniesieniu do kluczowego dla zamówienia zakresu jakim były roboty budowlane, co pozwalało zaoferować wynagrodzenie za te zadania kilkunastokrotnie niższe niż uczynili to pozostali wykonawcy, a też nie sposób obiektywnie wyjaśnić, w jaki sposób Rafako S.A. zamierza zrealizować wszystkie prace budowlane za tak niskie wynagrodzenie w sposób określony w SIWZ. Zaniżenie kosztów robót budowlanych przekładało się jednocześnie na rażąco niski poziom ceny całkowitej. Roboty budowlane (wg definicji podanej przez Zamawiającego w pkt. 3.1.2. Umowy objętej SIWZ) stanowią bowiem około 30 - 60% prac w stosunku do całości zamówienia, a więc mają istotny wpływ na cenę całkowitą (przykładowo w ofercie GE roboty budowlane stanowią 39% całkowitej ceny, oferty Mitsubishi Hitachi - 24% a oferty ERBUD - aż 63%).

Jakkolwiek art. 90 ust. 1 Pzp (co istotne, w brzmieniu obowiązującym przed dniem 28.07.2016 r.) odnosi się do ceny całkowitej oferty, to jednak zaniżenie jednej pozycji cenowej - jeżeli ma wpływ na cenę całkowitą - również może oznaczać, że cena całkowita jest nierealistyczna. Tożsamy pogląd wyraziła KIO w wyroku z 19.04.2013 r. stwierdzając, że „przepisy ustawy odnoszące się do badania ceny oferty oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ZamPublU odwołują się do ceny oferty, a nie jej elementów. Zatem kwestionowanie poszczególnych cen jednostkowych, czy cen za niektóre elementy przedmiotu zamówienia, może odnieść zakładany skutek, o ile zostanie wykazane, że podważane ceny częściowe determinują cenę całej oferty” (za wyrokiem KIO o sygn. akt: KIO 791/13). Konsekwencją powyższego zgodnie z wyrokiem KIO z 09.03.2015 r. jest zaś dyrektywa, zgodnie z którą cenę (czy wyjaśnienia w jej zakresie) „Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń, co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia

25

oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu

zamówienia (wyrok KIO o sygn. akt: KIO 343/15 oraz wyrok KIO z 12.03.2013 r., sygn. akt: KIO 437/13). Konieczność badania oferty nie tylko przez pryzmat ceny całkowitej, ale również ceny składowej, została zresztą dostrzeżona przez ustawodawcę przy okazji ostatniej nowelizacji, wskutek czego obecnie obowiązujący art. 90 ust. 1 Pzp nakazuje wszczęcie procedury wyjaśniającej *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia*". Tym samym wprowadzona zmiana w brzmieniu art. 90 ust. 1 Pzp jednoznacznie rozwiewa podnoszone czasem (niezasadnie zresztą) wątpliwości odnośnie dopuszczalności analizy składowych ceny, przesądzając, że jeżeli mają one istotny charakter, to również powinny zostać przez Zamawiającego wyjaśnione. Podsumowując, cena zaoferowana przez Rafako S.A. wydaje się rażąco niska już w ujęciu globalnym, jak również poprzez dokonanie prostego zestawienia do cen innych oferentów, wobec czego konieczne było zażądanie od tego wykonawcy przedstawienia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, czego jednak Zamawiający zaniechał. W istocie jednak pomimo ich braku, zaoferowanie ceny rażąco niskiej przez Rafako S.A. jest i tak oczywiste: jeżeli nawet hipotetycznie założyć, że wszystkie pozostałe części składowe oferty są mniej lub bardziej rynkowe i adekwatne w stosunku do przedmiotu zamówienia, to już samo zaproponowanie wynagrodzenia za roboty budowlane za oba zadania łącznie w kwocie poniżej 10 mln, gdy pozostali wykonawcy oferowali kwoty 87,6 mln - 267 mln zł za oba Zadania, ostatecznie przesądza, że Zamawiający ma do czynienia z ceną rażąco niską.

Odnośnie zarzutu zaoferowania niezgodnych z SIWZ rozwiązań w zakresie zużycia sprężonego powietrza technologicznego

Niezależnie od powyższego, oferta Rafako S.A. jest niezgodna z jednoznacznymi wymogami SIWZ. Jednym z parametrów mających wpływ na punktację uzyskiwaną w ramach kryterium oceny ofert pn. „Koszty eksploatacyjne” było jednostkowe zużycie sprężonego powietrza technologicznego (Z_{sp}), przy czym Zamawiający premiował możliwie niską konsumpcję powietrza.

Na wartość tego parametru wpływ miał rodzaj oferowanych rozwiązań. Jednym z nich było zastosowanie wdmuchiwozary parowych do czyszczenia katalizatorów, jednakże żaden z wykonawców nie zdecydował się na nie, stosując w ich miejsce pyłofony (tuby akustyczne), zasilane sprężonym powietrzem. Szczegóły techniczne odnośnie dopuszczalnych rozwiązań w tym zakresie zostały określone w Załączniku nr 1 do Umowy, zgodnie z którym miejscem poboru sprężonego powietrza technologicznego jest „kolektor główny biegnący przez Elektrofiltry bloków 9 i 10” (por. pkt 4.2.9.5 Załącznika nr 1, s. 49). Tym samym Zamawiający jednoznacznie określił źródło poboru ciepła, a wymagania SIWZ nie dopuszczały stosowania alternatywnych rozwiązań, polegających na zasilaniu urządzeń powietrzem przy użyciu

26

sprężarki.

Bezspornie wykonawcom nie pozostawiono swobody co do wyboru źródła sprężonego powietrza dla zasilania instalacji technologicznych, co też Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na pytanie nr 135 do SIWZ stwierdzając, że instalacja sprężonego powietrza na dach elektrofiltrów ma być dołączona do ogólnozakładowej instalacji sprężonego powietrza. Ponadto w odpowiedzi na pytanie nr 237, dotyczące powietrza sterowniczego, Zamawiający jednoznacznie potwierdził, że sprężarki nie są w zakresie dostaw, w przeciwieństwie do np. stacji przygotowania powietrza sterowniczego.

Wobec powyższych uwarunkowań wszyscy wykonawcy - z wyjątkiem Rafako S.A. - zadeklarowali Zużycie sprężonego powietrza w przedziale od 66 Nm³/h do 1376 Nm³/h, w zależności od przyjętych rozwiązań technologicznych. Natomiast w swojej ofercie Rafako S.A. zapewniło o całkowitym braku zużycia sprężonego powietrza, co pozwala uznać, że dla realizacji zamówienia wykonawca ten zdecydował o zastosowaniu dodatkowej sprężarki, bowiem w przeciwnym razie nie byłoby możliwe osiągnięcie deklarowanego braku zużycia powietrza. Rozwiązanie takie jest jednak niezgodne z jednoznacznym brzmieniem SIWZ, wykluczającym możliwość zastosowania takich urządzeń, co też było oczywiste dla wszystkich innych wykonawców, w równym stopniu zainteresowanych osiągnięciem możliwie niskiego zużycia powietrza, skoro miało ono przełożenie na punktację złożonych ofert. W przeciwnym bowiem wypadku nie jest możliwe zerowe zużycie powietrza, bowiem bez względu na efektywność i sprawność przyjętych rozwiązań, konsumpcja powietrza zawsze będzie miała miejsce i o ile w razie innowacyjnych technologii ograniczenie zużycia jest

możliwe, to nigdy nie będzie zerowe.

Ponadto, o ile rozwiązanie przyjęte przez Rafako S.A. pozwoliło uzyskać większą przewagę nad konkurencyjnymi wykonawcami w ramach punktacji przyznawanej w kryterium „Koszty eksploatacji”, to w istocie nie przyniesie większych korzyści Zamawiającemu. Wykorzystanie sprężarek powietrza wiąże się bowiem ze znacznie wyższym zużyciem energii elektrycznej, a w dalszej perspektywie - również kosztami dodatkowego serwisu tych urządzeń. Oferta zawiera dostawę urządzeń nieobjętą zakresem zamówienia, co nie tylko jest sprzeczne ze specyfikacją ale ponadto naraża samego Zamawiającego na dodatkowe koszty, które w perspektywie kilku lat funkcjonowania instalacji zredukują korzyść z wyboru oferty z tak niską ceną.

W tym stanie rzeczy Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Rafako S.A. jako niezgodną z treścią specyfikacji. Niedopuszczalna jest sytuacja, gdy wobec rozwiązań oferowanych przez wykonawców stawia się daleko idące wymagania, dodatkowo premiując uzyskiwanie możliwie korzystnych parametrów związanych z eksploatacją dostarczanych urządzeń, a następnie dokonuje się wyboru oferty, która polega na obejściu tych rygorystycznych wymagań, poprzez stosowanie rozwiązań innych, wyraźnie wykluczonych

27

przez wymagania specyfikacji przez co jest całkowicie nieporównywalna z pozostałymi ofertami. Powyższa praktyka podważa sens organizowania przetargu opartego o jednoznaczną treść opisu zamówienia publicznego i jednocześnie rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosnie zarzutu zaoferowania niezgodnego z SIWZ rozwiązania w zakresie w zakresie spadku temperatury spalin w katalizatorze. Zamawiający przewidział w SIWZ możliwość wyboru źródła ciepła dla ogrzewania powietrza oraz wody amoniakalnej w postaci pary lub spalin. Rozwiązanie podstawowe to system odparowania oraz wtrysku reagenta, składający się z następujących elementów:

- a) systemu odparowania wody amoniakalnej (reagenta) przy pomocy pary;
- b) ogrzewania powietrza rozrzedzającego przy pomocy spalin;
- c) systemu mieszania i wtrysku powietrza rozrzedzającego oraz wody amoniakalnej.

W przypadku tego rozwiązania powietrze rozrzedzające jest ogrzewane od temperatury otoczenia do temperatury 150° przy pomocy spalin. Energia zużyta na C ogrzanie powietrza rozrzedzającego to 450 kW. Tym samym całkowity spadek temperatury spalin na całym systemie instalacji odazotowania spalin SCR wynosi 1,5 ° i nie przekracza C określonego w SIWZ maksimum wynoszącego 3° C.

W ofercie Rafako S.A. natomiast zastosowano inne rozwiązanie, wykorzystujące strumień spalin do ogrzania powietrza rozrzedzającego i odparowania wody amoniakalnej, a które składa się z następujących elementów:

- a) ogrzewania powietrza rozrzedzającego przy pomocy spalin;
- b) systemu odparowania wody amoniakalnej (reagenta) przy pomocy gorącego powietrza rozrzedzającego;
- c) układu mieszania i wtrysku powietrza rozrzedzającego oraz wody amoniakalnej.

Wówczas przewidywany spadek temperatury spalin na instalacji odazotowania spalin (SCR) następuje na skutek:

- a) ogrzewania powietrza rozrzedzającego;
- b) odparowania wody amoniakalnej przy pomocy gorącego powietrza rozrzedzającego;
- c) mieszania powietrza rozrzedzającego i odparowanej wody amoniakalnej ze strumieniem spalin.

Jak zauważono, powietrze rozrzedzające jest również wykorzystywane do odparowania wody amoniakalnej, co w konsekwencji wymaga większego przepływu i wyższej temperatury niż w rozwiązaniu podstawowym, opisanym w pkt 3.1, bowiem powietrze rozrzedzające jest ogrzewane od temperatury otoczenia do temperatury 300 ° Z kolei energia zużyta na C ogrzanie powietrza rozrzedzającego wynosi aż 1330 - 1855 kW w zależności od przyjętego wariantu obliczeniowego, co skutkuje spadkiem temperatury spalin na katalizatorze wyższym niż 3 ° Obliczenia zostały przeprowadzone dla różnych poziomów obciążenia pracy kotła, C.

28

dla dwóch wariantów pracy:

- ze stałą ilością powietrza rozrzedzającego bez względu na obciążenie kotła,
- ze zmienną ilością powietrza rozrzedzającego która jest optymalizowana w zależności od obciążenia kotła;

Wyniki obliczeń wskazują że wymagania SIWZ dotyczące maksymalnego spadku temperatury spalin na katalizatorze o wartość 3° nie są spełnione. C

Tym samym dla zapewnienia nieprzekraczania wartości granicznej spadku temperatury spalin możliwe było zastosowanie tylko pierwszego modelu. Wybór drugiego rozwiązania oznacza bowiem, że wykonawca nie zapewni spełnienia warunku maksymalnego spadku temperatury, co jednocześnie stanowiłoby o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Z postawionych w niej wymagań jasno wynika, że dla Zamawiającego kluczowe było spełnienie określonych parametrów, w tym odnoszących się do maksymalnego spadku temperatury. Ponieważ zastosowanie drugiego z opisanych rozwiązań nie zagwarantuje zapewnienia oczekiwanych parametrów, nie było dopuszczalne jego przyjęcie w złożonej ofercie. Biorąc więc pod uwagę, że rzeczywistym skutkiem przyjętego w ofercie Rafako S.A. rozwiązania będzie spadek temperatury powyżej 3° to C, należy jednoznacznie stwierdzić, że wykonawca ten oparł się na rozwiązaniu nie zapewniającym spełnienia wymogów Zamawiającego i złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ.

Alternatywnie nawet gdyby uznać, że takie przyjęte przez Rafako S.A. rozwiązanie było dopuszczalne, a proponując je Rafako S.A. deklaruje nieprzekroczenie maksymalnego spadku temperatury, to tym samym należy uznać, że oferuje świadczenie niemożliwe. Jak już wykazano wyżej, przy zastosowaniu tego rozwiązania całkowity spadek temperatury wynosi ponad 3° i przekracza dopuszczalną granicę. Natomiast zadeklarowane C nieprzekroczenie dopuszczalnego maksimum spadku temperatury spalin przy zastosowaniu modelu wykorzystującego strumień spalin do ogrzania powietrza rozrzedzającego i odparowania wody amoniakalnej powinno być uznane za zobowiązanie wykonawcy do świadczenia niemożliwego. W tym stanie rzeczy oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 387 § 1 KC. Zgodnie bowiem z art. 387 § 1 KC zobowiązanie do świadczenia niemożliwego jest nieważne, a tym samym wybór oferty Rafako S.A. prowadziłby do zawarcia przez Zamawiającego nieważnej umowy o zamówienie publiczne. Dowód: opinii biegłego sądowego z zakresu termodynamiki i obliczeń cieplnych.

Zamawiający w dniu 16.08.2016 r. wezwał (e-mailem) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

29

W dniu 19.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Mitsubishi Hitachi Power System Europe GmbH, zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących Rafako S.A. S.A. S.A.. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 18.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Rafako S.A. S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1510/16_1518/16:

W dniu 29.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec obu wniesionych odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie - oddzielnie dla sprawy o sygn. akt: KIO 1510/16 oraz dla sprawy o sygn. akt: KIO 1518/16, w których wniósł o oddalenie w całości odwołań. Kopia została przekazana Odwołującym oraz Przystępującym.

Odnosząc sprawę o sygn. akt: KIO 1510/16.

Odnosząc do zarzutów 1 lit. a i b oraz 2 lit. a i b odwołania - dotyczących zastosowania sprężarek w instalacji czyszczenia katalizatora w instalacji SCR i układzie odpowietniania spod reaktora SCR.

Odnosząc zarzucił RAFAKO i GE zastosowanie innych niż wymagane przez

Zamawiającego w SIWZ rozwiązań technicznych, tj. sprężarek (zarzut lit. a) i b)) oraz parowników elektrycznych i elektrycznych podgrzewaczy powietrza (zarzut lit. c)). Jednocześnie nie przedstawia żadnych dowodów na to, że takie rozwiązania techniczne zostały rzeczywiście zastosowane przez obu konkurentów. Cały swój wywód opiera na poszlakach, w szczególności na wątpliwej tezie, że bez zastosowania sprężarek, parowników elektrycznych i elektrycznych podgrzewaczy powietrza obiektywnie niemożliwym jest osiągnięcie przez obu konkurentów wymaganych parametrów technicznych, względnie subiektywnie niemożliwym jest osiągnięcie wymaganych parametrów przy zaoferowanej cenie. Kwestia sprężarek przedstawia się o tyle inaczej, niż sprawa parowników elektrycznych i elektrycznych podgrzewaczy powietrza, że - wbrew odmiennym sugestiom Odwołującego - wykorzystanie sprężarek było generalnie (tj. z wyjątkiem enumeratywnie wymienionych przypadków, o których niżej) dopuszczalne.

Na wstępie omówienia tych zarzutów Zamawiający zamieszcza krótkie wyjaśnienie dotyczące sprężonego powietrza używanego dla podstawowych elementów przedmiotu zamówienia (Instalacji SCR i elektrofiltrów).

30

Instalacje SCR i elektrofiltry wymagają dwóch rodzajów sprężonego powietrza:

- sprężonego powietrza technologicznego oraz
- sprężonego powietrza sterowniczego (AKPiA).

Na potrzeby Instalacji SCR sprężone powietrze technologiczne może być pobierane:

- z kolektora głównego (istniejącego) biegnącego przez elektrofiltry bloków 9 i 10 i usytuowanego wewnątrz elektrofiltrów na ścianie od strony wentylatorów spalin (WS) na poziomie około 4m - o parametrach (ciśnienie max. 7 bar (najczęściej 5,5-6,5bar), temperatura do +3° lub C)

- z własnej sprężarki,

natomiast na potrzeby przygotowania powietrza sterowniczego, wykonawca miał dostarczyć stację przygotowania powietrza sterowniczego (instalacja osuszania powietrza) zgodnie z zapisami Załącznika nr 1 do Umowy oraz zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 237.

Zamawiający bezwzględnie wymagał, aby sprężone powietrze technologiczne na potrzeby elektrofiltrów pobierane było z kolektora głównego sprężonego powietrza technologicznego w obrębie elektrofiltru bloku nr 9, natomiast na potrzeby przygotowania powietrza sterowniczego wykonawca miał dostarczyć stację przygotowania powietrza sterowniczego (instalacja osuszania powietrza). Wobec powyższego, dla elektrofiltrów Zamawiający nie dopuścił zastosowania własnej sprężarki zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 558.

Podkreślił, że zgodnie z punktem 1 Załącznika nr 1 do Umowy oraz punktem 2.6.

Części III SIWZ przedmiot zamówienia jest wykonany w formule „zaprojektuj i wybuduj” oraz „pod klucz”, co oznacza, że realizacja Umowy obejmuje cały proces inwestycyjny i oznacza sposób wykonania według zasady „kompleksowe projektowanie, dostawy, wykonawstwo, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji”. Formuła ta obejmuje wykonanie wszelkich Dostaw, Usług i Robót Budowlanych, które potrzebne są do tego, aby Instalacje SCR i Elektrofiltry osiągnęły wymagane charakterystyki eksploatacyjne, Gwarantowane Parametry Techniczne, zdolność ruchową i bezpieczeństwo, nawet jeśli jakieś elementy Dostaw, Usług lub Robót Budowlanych nie są wyraźnie wyszczególnione w Umowie i wydanych decyzjach administracyjnych. W związku z tym przedmiot zamówienia został opisany poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. W szczególności w odniesieniu do rozpatrywanej instalacji SCR Zamawiający określił - zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy punkt 4.2. - tylko jej podstawowe elementy („W skład instalacji SCR wchodzić mają następujące podstawowe elementy:”). Zamawiający nie wskazał przy tym konkretnych rozwiązań technicznych. Przeciwnie, wyraźnie zostało podkreślone, że w skład instalacji SCR mają wchodzić również „Inne urządzenia niezbędne do prawidłowego funkcjonowania instalacji”. Zgodnie z formułą „zaprojektuj i wybuduj” oraz „pod klucz”, takim urządzeniami mogły być dedykowane dla Instalacji SCR sprężarki.

31

o wyjaśnienie treści SIWZ nr 237 Zamawiający wykluczył zastosowanie sprężarki.

Odpowiedź na pytanie nr 237, którą przywołuje Odwołujący, dotyczy sprężonego powietrza sterowniczego (AKPiA), a nie sprężonego powietrza technologicznego na potrzeby Instalacji SCR, w związku z powyższym nie ma znaczenia dla podnoszonego zarzutu. Zamawiający w udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 237 nie wykluczył możliwości stosowania własnych sprężarek powietrza technologicznego na potrzeby Instalacji SCR.

Odpowiedź na pytanie nr 558, na którą powołuje się Odwołujący przy zarzucie związanym ze zużyciem sprężonego powietrza technologicznego na potrzeby Instalacji SCR, dotyczy sprężonego powietrza na potrzeby nowego elektrofiltru bloku nr 9 (EF9), i nie jest związana ze zużyciem sprężonego powietrza technologicznego na potrzeby Instalacji SCR.

W świetle udzielonych odpowiedzi na pytania nr 237 oraz nr 558 Zamawiający pozostawił swobodę Wykonawcom co do wyboru źródła sprężonego powietrza technologicznego w zakresie Instalacji SCR, natomiast w zakresie modernizacji elektrofiltru bloku nr 9 Zamawiający wykluczył możliwość zabudowy odrębnej sprężarki dedykowanej dla tego urządzenia.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy (Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10, pkt. 4.2 ppkt. 7), Zamawiający wymagał uwzględnienia w projekcie Instalacji SCR zastosowania odpowiednich metod czyszczenia katalizatora (parowe zdmuchiwalce popiołu lub pyłofony), natomiast wybór typu i ilości urządzeń czyszczących należał do wykonawcy.

Wykonawcy mogli więc uwzględnić system czyszczenia katalizatora, oparty na pyłofonach zasilanych sprężonym powietrzem pochodzącym z dedykowanej na potrzeby Instalacji SCR sprężarkowni.

Ponadto zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy (Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10, pkt. 4.3), Zamawiający wymagał aby popiół wytrącony i zebrany w lejach SCR bloków nr 9 i nr 10 odprowadzony był z rozdzieleniem na dwie alternatywne drogi transportu uwzględniające naturalny kąt usypu popiołu:

- do zbiorników pośrednich popiołu (odpopielanie pneumatyczne elektrofiltru) z odpowietrzeniem pomp do rurociągów transportowych.
- do kanałów spływowych zlokalizowanych pod elektrofiltrem.

W autopoprawce nr 65 Zamawiający uszczegółowił wymagania dotyczące odpopielania wskazując, że jeżeli jest taka możliwość, to wskazane sposoby odpopielania zastąpiono układem grawitacyjnego (lub za pomocą urządzeń przenośnych typu podajniki ślimakowe) odprowadzania popiołu z pod lejów reaktora SCR bezpośrednio do zbiorników pośrednich pod elektrofiltrem.

Wykonawcy mogli więc zastosować transport popiołu z pod lejów reaktora SCR bezpośrednio do zbiorników przy zastosowaniu sprężonego powietrza. Nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, że dla celu transportu popiołu zabronione było stosowanie własnej sprężarki. Zamawiający wyjaśnia, że sprężone powietrze technologiczne na potrzeby Instalacji SCR może być pobierane z kolektora głównego wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ bądź z własnej dedykowanej sprężarkowni dostarczanej w ramach realizacji Umowy.

Wynika z tego wniosek, że wykonawca mógł w swojej ofercie przedstawić zerowe zużycie sprężonego powietrza technologicznego na potrzeby Instalacji SCR z tego względu, że nie będzie pobierał sprężonego powietrza z kolektora głównego wskazanego przez Zamawiającego, natomiast dostarczy w ramach realizacji Umowy swoją własną, dedykowaną na potrzeby Instalacji SCR sprężarkownię.

RAFAKO w swojej ofercie uwzględniło system czyszczenia katalizatora zgodny z wymaganiami Zamawiającego, oparty na pyłofonach zasilanych sprężonym powietrzem.

Zaoferowanie przez RAFAKO systemu czyszczenia katalizatora opartego na pyłofonach, a nie na zdmuchiwalcach parowych, wykluczyło konieczność stosowania pary wodnej do procesu czyszczenia katalizatora. Tym samym RAFAKO nie mogło wykazywać zużycia pary wodnej na potrzeby zdmuchiwalczy parowych w tabeli służącej wyliczeniu kosztów eksploatacji Instalacji SCR.

Zaproponowany przez RAFAKO układ odprowadzania popiołów spod lejów reaktorów SCR jest zgodny z SIWZ i uwzględnia wymagania wynikające z Załącznika nr 1 do Umowy

oraz udzielonych w toku postępowania przetargowego odpowiedzi na pytania Wykonawców i autopoprawki i nie wymaga przeniesienia zbiornika pośredniego bloku nr 10. RAFAKO dla celów odpowielania zastosuje sprężone powietrze.

Jeżeli skład orzekający w toku rozprawy podejmie decyzję o udostępnieniu stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego części niejawną oferty RAFAKO Zamawiający przedstawi szczegóły dotyczące zaoferowanego przez RAFAKO rozwiązania w Załączniku nr 3 do niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Również GE w swojej ofercie uwzględniło system czyszczenia katalizatora zgodny z wymaganiami Zamawiającego, oparty na pyłofonach zasilanych sprężonym powietrzem, przy czym sprężone powietrze pobierane będzie z kolektora głównego. Skoro GE zaoferowało system czyszczenia katalizatora oparty na pyłofonach, a nie na zdmuchiwaczach parowych, tym samym nie wskazało zużycia pary.

Zaproponowana przez GE technologia oparta jest na wieloletnich doświadczeniach Wykonawcy. W związku z powyższym Zamawiający nie ma wątpliwości co do przedstawionych danych i zużycia sprężonego powietrza, które to będzie weryfikowane na etapie Ruchu Próbnego oraz Pomiarów Gwarancyjnych i będzie podlegało ewentualnej

33

penalizacji zgodnie z zapisami Umowy.

Jeżeli skład orzekający w toku rozprawy podejmie decyzję o udostępnieniu stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego części niejawną oferty GE Zamawiający przedstawi szczegóły dotyczące zaoferowanego przez GE rozwiązania w Załączniku nr 4 do niniejszej odpowiedzi na Odwołanie.

Odwołujący zarzucił również, że zastosowanie sprężarki spowoduje dodatkowe zużycie energii elektrycznej na potrzeby Instalacji SCR, której koszty wpływają na podwyższenie kosztów eksploatacji.

Powyższy zarzut jest nietrafny. Zamawiający wyjaśnia, że zużycie energii na potrzeby Instalacji SCR zostało uwzględnione w kosztach eksploatacji w zakresie, w jakim ma ono istotny wpływ na zwiększenie zużycia energii elektrycznej. Zużycie energii elektrycznej na potrzeby Instalacji SCR dzieli się niejako na dwa elementy:

a) zużycie bezpośrednie energii przez urządzenia dostarczane w ramach przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie uwzględnił bezpośrednich kosztów energii w zgodnie elektrycznej dla nowych odbiorników kosztach eksploatacji,

ponieważ

z wymaganiami Zamawiającego wykonawcy nie mogli w ramach oferowanych rozwiązań dostarczyć urządzeń powodujących znaczne zwiększenie zużycia energii elektrycznej, takich jak parownik elektryczny czy elektryczne podgrzewacze powietrza rozrzedzającego (wprost zostało to określone w Załączniku nr 1 do Umowy pkt. 4.2. ppkt. 3 oraz w odpowiedzi na pytanie nr 493). Tak więc zgodnie z wymaganiami SIWZ wykonawcy mogli zaoferować jedynie urządzenia o nieznacznym wpływie na zużycie energii elektrycznej i stąd Zamawiający postanowił nie uwzględniać tego czynnika w kosztach, jako elementu obojętnego dla oceny ofert.

b) zużycie pośrednie energii, tj. koszt energii elektrycznej niezbędnej na pokonanie dodatkowych oporów katalizatora i nowych kanałów spalin, który to koszt został uwzględniony przez Zamawiającego w parametrze „Jednostkowy spadek ciśnienia na katalizatorze (wszystkie warstwy katalizatora łącznie z nowymi kanałami spalin) dla punktu P III (p)“.

Zużycie energii elektrycznej dla Instalacji SCR wynika przede wszystkim z koniecznością pokonania dodatkowych oporów związanych z zabudową katalizatora i nowych kanałów spalin oraz przetłaczania spalin przez wentylatory spalin (WS). Dlatego też w kryteriach oceny ofert powiązanych z kosztami eksploatacyjnymi uwzględniono koszt energii elektrycznej niezbędnej na pokonanie dodatkowych oporów katalizatora i nowych kanałów spalin, wynikający z jednostkowego spadku ciśnienia na katalizatorze, który wskazać miał Wykonawca.

Mylne jest również twierdzenie Odwołującego, że oferta zakładająca zastosowanie sprężarki w celu dokonywania czyszczenia katalizatora w instalacji SCR oraz transportu

34

popiołu z pod lejów reaktora SCR przesądza o czynie nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z jednoznacznymi zapisami Części I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców punkt 20.8.2., co zostało potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 496: zużycie sprężonego powietrza technologicznego, jakie należy przedstawić na potrzeby kalkulacji kosztów eksploatacyjnych, dotyczy wyłącznie powietrza pobieranego z kolektora głównego. Informacje te były znane wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Ponadto, jak już była o tym wzmianka, nie w każdym przypadku parametry powietrza w kolektorze głównym będą właściwe dla prawidłowej i bezpiecznej pracy Instalacji SCR. Jeżeli rozwiązanie danego oferenta wymaga wyższych parametrów powietrza, to dostarczenie w ramach realizacji Umowy sprężarki dedykowanej na potrzeby Instalacji SCR nie ma w żadnym razie znamion czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosnie do zarzutów 1 lit. c oraz 2 lit. c Odwołania - dotyczy zastosowania parowników elektrycznych i elektrycznych podgrzewaczy powietrza w układzie pomiaru, regulacji i wtrysku reagenta w zakresie (1) instalacji przygotowania wody amoniakalnej oraz (2) instalacji powietrza rozrzedzającego w ofercie RAFAKO i GE.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Umowy (Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10, pkt. 4.2 ppkt. 3)

Zamawiający określił wymagania dla układu przygotowania i wtrysku reagenta:

a. *Dla każdego reaktora należy zaprojektować odrębny układ pomiaru, regulacji, przygotowania i wtrysku reagenta składający się między innymi z następujących elementów i. Instalacja przygotowania wody amoniakalnej - wyposażona w system przepływu i rozdziu wody amoniakalnej i jej przygotowania do wtrysku dla prawidłowego i skutecznego wprowadzenia reagenta do katalizatora.*

Dla każdej Instalacji SCR wymagane jest zastosowanie czterech układów przygotowania reagenta wraz z przynależnymi układami regulacji (3 podstawowe oraz 1 rezerwowy). Trzy z czterech układów przygotowania reagenta przypisane mają być oddzielnie dla każdego z reaktorów, czwarty układ przygotowania reagenta ma być układem rezerwowym, przełączany miejscowo i zdalnie do pracy za dowolnie wybrany układ przygotowania reagenta. Każdy układ przygotowania ma mieć możliwość pracy z obiema nitkami zasilania wodą amoniakalną z DRIM II. Zamawiający nie dopuszcza zastosowania parownika elektrycznego. (...)

ii. Instalacja powietrza rozrzedzającego - umożliwiającego wprowadzenie wody amoniakalnej do strumienia spalin. Instalacja ma składać się między innymi z wentylatorów, podgrzewacza powietrza, armatury/zaworów zapewniających bezpieczną pracę. Dopuszcza się również zastosowanie innych rozwiązań technicznych (układów technologicznych) zawierających

35

inne elementy instalacji i umożliwiających skuteczne wprowadzenie reagenta do strumienia spalin.

Zamawiający wymaga zastosowania dedykowanych wentylatorów powietrza rozrzedzającego do parowników (3+1). (...)

iii. Instalacja dozująca - wtryskowa składająca się z armatury regulującej (regulacja ilościowa) i systemu dysz wtryskowych zainstalowanych na kanałach dolotowych do reaktora spalin. Rozmieszczenie dysz dozujących w całym przekroju kanału spalin przed katalizatorem zapewniać ma równomierny rozpył reagenta w całej objętości spalin. Instalacja dozująca - wtryskowa musi zostać zlokalizowana za zewnątrz budynku kotłowni. (...).

Rozwiązanie przedstawione przez RAFAKO, uwzględnia wymagania Zamawiającego i jest zgodne z SIWZ. Odpowiedni rysunek instalacji, potwierdzający powyższe stwierdzenie Zamawiające znajduje się na str. 253 oraz 254 oferty RAFAKO. Wbrew spekulacjom Odwołującego, RAFAKO nie zastosowało niezgodnych z SIWZ parowników elektrycznych, elektrycznych podgrzewaczy powietrza, ani innych niezgodnych rozwiązań sugerowanych przez Odwołującego, natomiast wykorzystuje dopuszczony przez Zamawiającego sposób odparowania, który nie jest oparty na odparowaniu za pomocą pary, w związku z czym RAFAKO nie wykazało żadnego zużycia pary. Rozwiązanie RAFAKO to jego know - how, które wynika z wieloletnich doświadczeń i dużej ilości zrealizowanych instalacji SCR. RAFAKO w swoim rozwiązaniu, które całkowicie jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego minimalizuje koszty inwestycyjne oraz eksploatacyjne, co pozwoliło mu

złożyć najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu. Rozwiązanie to zostało szczegółowo przedstawione na str. 141 - 166 oferty RAFAKO. Jeżeli skład orzekający w toku rozprawy podejmie decyzję o udostępnieniu stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego części niejawnej oferty RAFAKO Zamawiający przedstawi szczegóły dotyczące zaoferowanego przez RAFAKO rozwiązania w Załączniku nr 5 do niniejszej odpowiedzi na odwołanie. Również rozwiązanie przedstawione przez GE uwzględnia wymagania Zamawiającego i jest zgodne z SIWZ. Odpowiedni rysunek instalacji, potwierdzający powyższe stwierdzenie Zamawiającego, znajduje się na str. 921 oraz 922 oferty GE.

Wbrew spekulacjom Odwołującego, GE nie zastosowało niezgodnych z SIWZ parowników elektrycznych, elektrycznych podgrzewaczy powietrza, ani innych niezgodnych rozwiązań opisanych przez Odwołującego, natomiast wykorzystuje dopuszczony przez Zamawiającego sposób odparowania.

Rozwiązanie GE to jego know-how, które wynika z wieloletnich doświadczeń i dużej ilości zrealizowanych instalacji SCR. Rozwiązanie to zostało szczegółowo przedstawione na str. 826 - 829 oferty GE. Jeżeli skład orzekający w toku rozprawy podejmie decyzję o udostępnieniu stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego części niejawnej oferty

36

GE Zamawiający przedstawi szczegóły dotyczące zaoferowanego przez GE rozwiązania w Załączniku nr 6 do niniejszej odpowiedzi na Odwołanie.

Zarzut nieważności umowy w myśl art. 387 § 1 kodeksu cywilnego. Jak wskazał Zamawiający powyżej, ani oferta RAFAKO, ani oferta GE nie oferują przedmiotu zamówienia o parametrach niewykonalnych, niemożliwych do spełnienia. Wobec powyższego zarzut Odwołującego jest niezasadny.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie w/w elementów oferty. Zamawiający wyjaśnia, że zarówno w ofercie RAFAKO, jak i w ofercie GE wszystkie kwestie związane z:

- a) czyszczeniem katalizatora w instalacji SCR,
- b) odprowadzaniem popiołów spod lejów reaktorów SCR,
- c) zaprojektowaniem układu pomiaru, regulacji i wtrysku reagenta w zakresie (1) instalacji przygotowania wody amoniakalnej oraz (2) instalacji powietrza rozrzedzającego.

są opisane w ofertach w sposób jasny i klarowny. Oferowane rozwiązania przedstawione są zarówno w formie opisowej, jak i graficznej, co wskazano w niniejszej odpowiedzi na Odwołanie. Zamawiający w trakcie postępowania korzystał z uprawnień wynikających z art. 87 ust. 1 Pzp w sytuacjach opisanych w tym przepisie, tj. wówczas, gdy uznał za niezbędne złożone przez wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, co znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania. Na marginesie Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie posiada pełnej wiedzy dotyczącej dokumentacji postępowania, w tym korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, gdyż:

- a) nie wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej,
- b) część dokumentacji objęta jest klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa i nie jest udostępniana osobom nieuprawnionym.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku staranności w ocenie ofert oraz zarzut piąty - dotyczy podania nieprawdziwych informacji w ofertach. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich zarzutów. Jak Zamawiający wyjaśnił, oferowane przez RAFAKO i GE rozwiązania nie wymagają zużycia pary wodnej, co jest zgodne z SIWZ. Zaoferowane przez RAFAKO rozwiązanie nie korzysta również z powietrza technologicznego dostarczanego kolektorem głównym Zamawiającego, co jest również zgodne z SIWZ.

Kryteria oceny ofert, w tym poszczególne elementy uwzględniane we wzorze ewaluacyjnym opisującym kryterium „Koszty eksploatacyjne” (Część I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców, punkt 20.8.2.) były znane wykonawcom od początku Postępowania. Treść tych zapisów nie uległa zmianie w trakcie Postępowania. Jeżeli Odwołujący miał jakiegokolwiek wątpliwości czy zastrzeżenia do tych parametrów, powinien skorzystać ze

37

środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp w terminach określonych w Pzp. Jak wykazał Zamawiający, RAFAKO i GE nie wskazują zaniżonych wartości parametrów ocenianych w ramach kryterium Koszty eksploatacji. To Odwołujący nie zna technologii zastosowanej przez tych wykonawców i tym samym wyciąga błędne wnioski z wartości parametrów. Nie można więc w tym przypadku mówić o czynie nieuczciwej konkurencji czy też o podaniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Zarzut szósty - dotyczy zaniechania wykluczenia wykonawców, którzy podali nieprawdziwe informacje o parametrach instalacji SCR. Zamawiający ponownie stwierdza, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich zarzutów. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na Odwołanie, zarówno treść oferty RAFAKO, jak i GE, odpowiada treści SIWZ i nie zawiera nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania.

Odnosnie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty RAFAKO. Przywołał art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z tym przepisem, Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia procedury w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jeżeli cena oferty jest niższa 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Analiza cen ofert złożonych w postępowaniu wskazuje, że:

1. żadna ze złożonych ofert nie podlega obligatoryjnemu badaniu w zakresie rażąco niskiej ceny zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 Pzp,
2. cena zaoferowana przez RAFAKO stanowi 89,8% wartości zamówienia,
3. cena zaoferowana przez RAFAKO stanowi 77% średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu.

Poza obligatoryjnym przeprowadzeniem procedury wyjaśniania w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający może zawsze przeprowadzić taką procedurę, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Przywoła wyrok KIO z 04.05.2015 r., sygn. akt: KIO 802/15. Podobnie orzekła KIO w wyroku z 08.10.2015 r. sygn. akt: KIO 2086/15. Odnosnie wezwania wskazał na wyroku KIO z 15.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1354/10. Odnosnie podejrzenia ceny rażąco niskiej wskazał na wyrok KIO z 25.11.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2483/10. Podobnie wskazał na Komentarzem do Prawa zamówień publicznych: W. Dzierżanowski, *Komentarz do art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, LEX 2014. Nadto, jak wskazał SO w Poznaniu, w wyroku z 08.01.2014 r. sygn. akt: X Ga 652/13: „Prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że na decyzję zamawiającego w tym zakresie mogą mieć wpływ wykonawcy”. W świetle

powyższego Zamawiający oświadczył, że nie był obowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż cena zaoferowana przez RAFAKO nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Zamawiający oświadcza, że nie miał żadnych podstaw do wzywania RAFAKO w zakresie złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Po szczegółowej i kompleksowej analizie oferty złożonej przez RAFAKO Zamawiający stwierdza, że zaoferowane przez RAFAKO rozwiązania wykorzystujące know-how tego wykonawcy i jego bogate doświadczenie nie dają podstaw do wzywania RAFAKO do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Wykonawca ten wykorzystał w oferowanym rozwiązaniu, dopuszczone w SIWZ, własne rozwiązania, które pozwoliły mu zoptymalizować koszty zamówienia. Ponadto RAFAKO wykorzystał dostępne mu sprzyjające warunki zamówienia takie jak:

- 1) RAFAKO jest producentem obydwóch kotłów, na których dokonywana będzie modernizacja.

Zakres zamówienia obejmuje zabudowę instalacji SCR na kotłach nr 9 i 10 w ENEA Wytwarzanie S.A. (dalej także „Elektrownia Kozienice”), modernizację elektrofiltrów na blokach nr 9 i 10, wymianę wentylatorów spalin, likwidację GAVO, modernizację kanałów zimnego powietrza. Porównanie tego zamówienia z innymi zamówieniami jest trudne zarówno ze względu na zakres prac objętych niniejszym zamówieniem, jak i ze względu na

kotły, dla których realizowana będzie dostawa. Bloki nr 9 i 10 o mocy 560 MW w Elektrowni Kozienice są wyposażone w kotły AP-1650, które nie mają swoich odpowiedników w polskiej energetyce. Są to największe w Polsce kotły, na węgiel kamienny.

2) RAFAKO jest aktualnie jedynym polskim producentem tak dużych kotłów, posiada własne biuro konstrukcyjne, a więc na bieżąco pracuje nad optymalizacją rozwiązań poszczególnych układów kotła, w tym również w zakresie optymalnej zabudowy instalacji odazotowania spalin. RAFAKO posiada najlepszą znajomość polskiego rynku spośród uczestników Postępowania, co przekłada się na szerszy dostęp do lokalnych podwykonawców.

3) RAFAKO jest także producentem elektrofiltrów, a więc może korzystać przy modernizacji EF 9 i EF 10 z mniejszej ilości podwykonawców, niż pozostali uczestnicy Postępowania.

4) Aktualnie RAFAKO jest wykonawcą instalacji SCR na kotłach 4-8 w Elektrowni Kozienice, więc posiada pełną znajomość uwarunkowań istniejących na terenie Zamawiającego oraz posiada zorganizowane siły i środki, które może skierować na realizację zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania.

Zamawiający podkreślił, że w przetargu na wykonanie instalacji SCR na kotłach 4-8 w Elektrowni Kozienice była również znaczna rozbieżność w cenach ofert. Najkorzystniejszą

39

ofertę złożyło RAFAKO z ceną 235.545.000,00 zł, ale złożono w tym postępowaniu również oferty z cenami: 318.767.715,00 zł, 430.552.666,00 zł oraz 442.894.587,00 zł.

Ponadto w przetargu na wymianę elektrofiltru bloku nr 10 w Elektrowni Kozienice w 2010 r. ceny ofert wynosiły 47 974 000 zł (oferta najkorzystniejsza firmy RAFAKO), 54 700 000 (oferta firmy ALSTOM) oraz 64 750 000 zł (oferta firmy Hamon). Również w tym przetargu zauważyć można znaczne różnice dla poszczególnych ofert.

To pokazuje, jak duże mogą być rozbieżności cenowe w postępowaniach obejmujących modernizację kotłów w zakresie samych instalacji SCR oraz elektrofiltrów.

Odwołujący podnosi, że zaoferowane przez RAFAKO rozwiązanie, skoro nie zużywa pary wonnej, musi opierać się na droższym rozwiązaniu technologicznym. Jest to twierdzenie gołosłowne i nie potwierdzone żadnymi dowodami.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie przywołuje w Odwołaniu żadnych dowodów potwierdzających, że oferowana przez RAFAKO cena jest ceną rażąco niską.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp, Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Co prawda, zgodnie z art. 190 ust. 1a Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa (w okolicznościach opisanych w niniejszym przepisie) odpowiednio na wykonawcy lub zamawiającym, lecz w przypadku, gdy Odwołujący wywodzi z tej okoliczności skutki prawne dla siebie, obowiązany jest do przedłożenia dowodów dla potwierdzenia podnoszonych zarzutów. Przywołał wyrok KIO z 09.02.2015 r. sygn. akt KIO 166/15. Podobnie orzekła KIO w wyroku z 03.04.2015 r., sygn. akt: KIO 561/15.

Dodatkowe wnioski dowodowe.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich zarzutów ani nie przedstawił żadnych wniosków dowodowych. Tym niemniej Zamawiający oświadcza, że dokonał należytej oceny złożonych ofert i stwierdza, że:

1. Rozwiązane zaoferowane przez RAFAKO całkowicie stoi w zgodzie z zapisami SIWZ i z udzielonymi w trakcie postępowania przetargowego odpowiedziami, co wskazano w odpowiedzi na zarzut pierwszy.
2. Rozwiązanie zaoferowane przez RAFAKO nie ingeruje w lokalizację zbiornika pośredniego bloku nr 10.
3. Rozwiązanie zaoferowane przez RAFAKO uwzględnia wszystkie wymagania w zakresie systemu odpowietrzania spod reaktora, jest zgodnie z SIWZ i z udzielonymi w trakcie postępowania przetargowego odpowiedziami i autopoprawkami.
4. Rozwiązanie zaoferowane przez RAFAKO w zakresie instalacji przygotowania wody amoniakalnej oraz instalacji powietrza rozrzedzającego jest zgodne z SIWZ i nie jest oparte na wykorzystaniu elektrycznego parownika bądź też elektrycznego podgrzewu powietrza

40

rozrzedzającego.

5. Rozwiązane zaoferowane przez GE nie uwzględnia zastosowania własnej sprężarki. Przekazane przez firmę GE zużycia wynikają z zastosowanego sposobu czyszczenia katalizatora i oparte są na know-how GE.

6. Rozwiązanie zaoferowane przez GE nie ingeruje w lokalizację zbiornika pośredniego bloku nr 10.

7. Rozwiązanie zaoferowane przez GE uwzględnia wszystkie wymagania w zakresie systemu odpopielania spod reaktora, jest zgodnie z SIWZ i z udzielonymi w trakcie postępowania przetargowego odpowiedziami.

8. Rozwiązanie zaoferowane przez GE w zakresie instalacji przygotowania wody amoniakalnej oraz instalacji powietrza rozrzedzającego jest zgodne z SIWZ i nie jest oparte na wykorzystaniu elektrycznego parownika bądź też elektrycznego podgrzewu powietrza rozrzedzającego.

9. Wniosek o powołanie biegłego sądowego z zakresu energetyki. Wniosek Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu energetyki jest niezasadny. W ocenie Zamawiającego wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ma na celu jedynie przedłużenie postępowania odwoławczego, co jest niedopuszczalne (w wyroku KIO z 02.05.2012 r., sygn. akt: KIO 789/12, w wyroku z 26.07.2013 r., sygn. akt KIO 1668/13, w wyroku z 31.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2878/13). Rozstrzygnięcie niniejszego Odwołania nie wymaga analizowania skomplikowanych rozwiązań technicznych i inżynierskich, co wskazał Zamawiający w odpowiedzi na Odwołanie. Odwołujący wywodzi błędne wnioski, gdyż nie przyjmuje właściwych założeń dla swoich wywodów technicznych. Rozwiązania oferowane przez wykonawców RAFAKO i GE są zgodne z wymaganiami SIWZ.

Odnosnie sprawy o sygn. akt: KIO 1518/16.

W zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty Rafako S.A. Zamawiający powtórzy argumentację jak we wcześniejszej odpowiedzi, a dodatkowo podniósł. Odnosząc się do wniosku Odwołującego zawartego w punkcie 1.3. Odwołania, jakoby w ofercie RAFAKO nie przewidziano pełnego zakresu robót budowlanych, co Odwołujący wnosi z kwoty tych Robót Budowlanych określonych w ofercie, Zamawiający stwierdza, że powyższy zarzut jest chybiony.

Cena robót budowlanych w ofercie RAFAKO wynosi: Zadanie nr 1 - 5.640.400,00 zł Zadanie nr 2 - 3.690.802,00 zł. Cena za roboty budowlane w ofercie SBB (droższej od oferty RAFAKO o 159.317.888,00 zł) wartość robót budowlanych wynosi: Zadanie nr 1: 4.500.000,00 zł Zadanie nr 2: 2.800.000,00 zł.

41

Zamawiający chciałby w tym miejscu przedstawić ceny za dostawy w trzech ofertach, w tym w ofercie Odwołującego (jak sam Odwołujący wskazał - głównym przedmiotem zamówienia są dostawy):

W ofercie RAFAKO wartość dostaw wynosi: Zadanie nr 1: 139.567.480,00 zł zadanie nr 2: 75.622.650,00 zł. ofercie Odwołującego (oferta droższa od oferty RAFAKO o 70.711.888,00 zł) wartość dostaw wynosi:

- Zadanie nr 1: 117.549.660,00 zł Zadanie nr 2: 73.164.346,00 zł.

W ofercie ERBUD (oferta droższa od oferty RAFAKO o 129.517.888,00 zł) wartość dostaw wynosi:

- Zadanie nr 1: 102.000.000,00 zł Zadanie nr 2: 35.200.000,00 zł.

W ocenie Zamawiającego różnice w podziale cen na poszczególne grupy wynikają z różnego podziału przez wykonawców zakresu zamówienia na dostawy, roboty budowlane i usługi i w żaden sposób nie może być podstawą do zarzutu, że któryś z wykonawców nie doszacował robót budowlanych, dostaw lub usług.

Zamawiający chciałby podnieść, że - poza rzekomym niedoszacowaniem przez RAFAKO wartości robót budowlanych - Odwołujący nie przywołuje w Odwołaniu żadnych dowodów potwierdzających, że oferowana przez RAFAKO cena jest ceną rażąco niską.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaoferowania niezgodnych z SIWZ rozwiązań w zakresie zużycia sprężonego powietrza technologicznego. Zamawiający powtórzy argumentację jak we wcześniejszej odpowiedzi, a dodatkowo podniósł. Zarzut Odwołujący oparł na błędnym przekonaniu, że nie dano wykonawcom swobody co do wyboru źródła sprężonego powietrza dla zasilania Instalacji SCR. Zamawiający wyjaśnia, że sprężone

powietrze technologiczne na potrzeby Instalacji SCR pobierane może być z kolektora głównego wskazanego przez Zamawiającego - i wówczas wykonawcy powinni wykazać zużycie sprężonego powietrza technologicznego na potrzeby Instalacji SCR w tabeli danych do kalkulacji kosztów eksploatacji Instalacji SCR, gdyż oceniany parametr w ramach kryterium „Koszty eksploatacyjne” to zużycie sprężonego powietrza technologicznego na potrzeby Instalacji SCR pochodzącego z kolektora głównego, bądź z własnej dedykowanej sprężarkowni.

Do kalkulacji kosztów eksploatacyjnych (jednostkowe zużycie sprężonego powietrza technologicznego) RAFAKO przedstawiło zerowe zużycie sprężonego powietrza technologicznego na potrzeby Instalacji SCR z tego względu, że Instalacja ta nie będzie zasilana powietrzem z kolektora głównego wskazanego przez Zamawiającego. Taki sposób podania danych wynika z jednoznacznych zapisów Części I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców punkt 20.8.2., co zostało potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 496: użycie sprężonego powietrza, jakie należy przedstawić na potrzeby

42

kalkulacji kosztów eksploatacyjnych, dotyczy powietrza pobieranego z kolektora głównego. Informacje te były znane wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Skoro RAFAKO w żadnym punkcie swojej oferty nie wskazuje na połączenie do kolektora głównego, tym samym do kalkulacji kosztów eksploatacji nie mogło wskazać zużycia powietrza sprężonego pobieranego z tego kolektora.

Jak mylnie wnosi Odwołujący, Zamawiający w żadnym punkcie SIWZ nie wskazał, że nie dopuszcza zastosowania własnej, dedykowanej sprężarkowni na potrzeby Instalacji SCR. Zamawiający nie dopuścił zastosowania własnej sprężarkowni tylko dla elektrofiltrów, co jednoznacznie zostało wskazane w odpowiedzi na pytanie nr 558. Tym samym rozwiązanie oferujące własną sprężarkownię na potrzeby Instalacji SCR jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Podkreślił, że przywołane przez Odwołującego zapisy SIWZ, jak również odpowiedzi na pytania do treści SIWZ, mające jakoby świadczyć o niezgodności rozwiązania zaoferowanego przez RAFAKO z treścią SIWZ są interpretowane przez Odwołującego w sposób wadliwy:

- a) przywołany przez Odwołującego w punkcie 2.2. Odwołania punkt 4.2.9.5. Załącznika nr 1 do Umowy określa jedynie granice dostaw w zakresie sprężonego powietrza technologicznego w przypadku poboru powietrza dostępnego u Zamawiającego, czyli powietrza o ciśnieniu w miejscu poboru max.7 bar (najczęściej 5,5-6,5 bar) i temperaturze do +3° C);
- b) przywołana przez Odwołującego odpowiedź na pytanie nr 135 do treści SIWZ, na którą powołuje się Odwołujący, odnosi się do Załącznika nr 2 do Umowy czyli specyfikacji technicznej dla elektrofiltru bloku nr 9 (EF9) i dotyczy sprężonego powietrza na potrzeby nowego elektrofiltru bloku nr 9, które nie ma zastosowania w oferowanej technologii katalitycznego odazotowania spalin i nie jest związane ze zużyciem sprężonego powietrza technologicznego na potrzeby Instalacji SCR;

RAFAKO w swojej ofercie w zakresie zaprojektowania i wymiany kompletnego elektrofiltru wraz z układem odpopielania i przynależnymi kanałami spalin na bloku nr 9 przedstawiło rozwiązanie zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 2 do Umowy oraz zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 135, czego potwierdzeniem jest wskazane zużycie sprężonego powietrza technologicznego dla układu odpopielania elektrofiltru bloku nr 9, które zgodnie z Instrukcją dla Wykonawców, pkt. 20 „Kryteria oceny ofert” było jednym z kryteriów oceny ofert w zakresie elektrofiltru bloku nr 9. Przedstawił w odpowiedzi na odwołanie stosowną tabelę.

- c) odpowiedź na pytanie nr 237, którą przywołuje Odwołujący, dotyczy powietrza sterowniczego (AKPiA), a nie powietrza technologicznego na potrzeby Instalacji SCR, w związku z powyższym nie ma znaczenia dla podnoszonego zarzutu.

43

Nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego zawartym w punkcie 2.4. odwołania, jakoby RAFAKO w swojej ofercie zapewniło o całkowitym braku zużycia sprężonego

powietrza. RAFAKO, zgodnie ze stanem rzeczywistym, potwierdziło jedynie, że nie korzysta z powietrza pobieranego z kolektora głównego. Mylne jest również twierdzenie Odwołującego, że wykorzystanie sprężarek powietrza wiąże się ze znacznie wyższym zużyciem energii elektrycznej. Zastosowanie własnej sprężarki nie zwiększa kosztu energii elektrycznej, który miałby mieć znaczący wpływ na koszty eksploatacyjne.

W konsekwencji uznała zarzut Odwołującego za niezasadny, a oferowana przez RAFAKO Instalacja SCR spełnia wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ. Stwierdził również, że jeśli skład orzekający w toku rozprawy podejmie decyzję o udostępnieniu stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego części niejawną oferty RAFAKO Zamawiający przedstawi szczegóły dotyczące zaoferowanego przez RAFAKO rozwiązania w Załączniku nr 3 do niniejszej odpowiedzi na Odwołanie.

Odnosnie zarzutu dotyczący zaoferowania niezgodnego z SIWZ rozwiązania w zakresie spadku temperatury spalin w katalizatorze. Jednym z wymaganych bezwzględnie Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A jest **spadek temperatury spalin w katalizatorze o wartość wynoszącą $\leq 3,0$ ° C. Gwarancja ta dotyczy spadku temperatury spalin w katalizatorze (reaktorze) i nie odnosi się do całej Instalacji SCR, jak błędnie wskazuje Odwołujący.** Rozważania Odwołującego dotyczą spadku temperatury spalin na Instalacji SCR, tymczasem wymóg Zamawiającego, określony jasno i precyzyjnie w SIWZ, dotyczył ograniczenia wielkości spadku temperatury spalin w katalizatorze. Wyliczenia wskazane przez Odwołującego miałyby uzasadnienie, gdyby wymagany parametr techniczny dotyczył spadku temperatury spalin dla całej Instalacji SCR, a nie spadku temperatury spalin w katalizatorze. Dlatego też mylne jest twierdzenie Odwołującego, że dla zapewnienia nieprzekraczania wartości granicznej spadku temperatury spalin możliwe było tylko zastosowanie modelu oferowanego przez Odwołującego. Spadek temperatury spalin w katalizatorze spowodowany jest głównie naturalnymi stratami wynikającymi z przenikania ciepła przez izolację oraz - w niektórych rozwiązaniach konstrukcyjnych - wymianą ciepła przez elementy zabudowane wewnątrz reaktora (np. układ ogrzewania powietrza rozrzedzającego przy pomocy spalin). Tym samym gwarancja dotycząca spadku temperatury w katalizatorze związana jest tylko i wyłącznie z doborem i wykonaniem dobrej jakości izolacji dla katalizatora (reaktora). Rozwiązanie

RAFAKO zaproponowane przez uwzględnia zastosowanie izolacji katalizatora tak, aby zabezpieczyć strumień spalin przed nadmiernym spadkiem temperatury i zapewnić spełnienie wymagania nieprzekroczenia spadku temperatury spalin w katalizatorze nie więcej niż 3° Stwierdził, jeżeli skład orzekający w toku rozprawy podejmie decyzję C. że o udostępnieniu stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego części niejawną oferty

44

RAFAKO Zamawiający przedstawi szczegóły dotyczące zaoferowanego przez RAFAKO rozwiązania w Załączniku nr 4 do niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Jak wskazał Zamawiający w Załączniku nr 5 do odpowiedzi na Odwołanie, mylne jest twierdzenie Odwołującego, że RAFAKO oparło się na rozwiązaniu nie zapewniającym spełnienia wymogów Zamawiającego i złożyło ofertę niezgodną z treścią SIWZ.

W świetle powyższego niezasadny jest również zarzut Odwołującego jakoby zaoferowane przez RAFAKO rozwiązanie mogło być uznane za zobowiązanie wykonawcy do świadczenia niemożliwego.

Odnosnie wniosku o powołanie biegłego sądowego z zakresu termodynamiki i obliczeń cieplnych. Uznał wniosek za niezasadny. Odwołujący błędnie odnosi wymóg SIWZ dotrzymania Gwarantowanego Parametru Technicznego Grupy A, jakim jest spadek temperatury spalin w katalizatorze $\leq 3,0$ ° do całej instalacji SCR, gdy tymczasem wymóg C Zamawiającego określony w SIWZ odnosi się tylko do katalizatora (reaktora) i tak ten wymóg zrozumieli inni wykonawcy biorący udział w przetargu, poza Odwołującym.

Zamawiający podnosił także, że Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia faktycznego dla zarzutu rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Przywoła wyrok SO w Gdańsku w wyroku z dnia 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 22.08.2016 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1510/16, KIO 1518/16 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się

z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących do obu odwołań złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do ich złożenia. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1510/16 - Mitsubishi Hitachi Power System Europe GmbH – który uplasował się na trzeciej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia się zarzutów wobec drugiego - GE Power Sp. z o.o., jak i pierwszego Rafako S.A., ma szanse na uzyskanie zamówienia. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1518/16 - GE Power Sp. z o.o. który uplasował się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia się zarzutów wobec pierwszego Rafako S.A., ma szanse na uzyskanie zamówienia.

45

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, a zwłaszcza Cz. I SIWZ Instrukcji dla Wykonawców, Cz. II SIWZ - Formularza „Oferta”, zał. nr 2 do formularza „Oferta” /formularz - Kalkulacja ceny oferty/, zał. nr 3 do formularza „Oferta” / formularz - Dane do Kalkulacji kosztów eksploatacyjnych/, Cz. III SIWZ Umowa (wzór), zał. nr 1 do umowy /Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10/, zał. nr 2 do umowy /Specyfikacja techniczna dla elektrofiltru bloku nr 2/, zał. nr 4 do umowy /Harmonogram Rzeczowo-Finansowy/, zał. nr 5 do umowy /Harmonogram Realizacji Umowy/, autopoprawki i korekty autopoprawek SIWZ, a zwłaszcza autopoprawka nr 65, odpowiedzi na pytania w tym na pytanie nr 47, 135, 158, 237, 238, 475, 493, 496, 513, 558, oferty Rafako S.A., w tym zał. nr 2 i 3 do oferty „Cz. Jawna” - tom I, zał. nr 9 do umowy /Zakres przedmiotu umowy powierzony podwykonawcom/ „Cz. Jawna” – tom I, zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom II /tajemnica przedsiębiorstwa/ wraz ze schematami i rysunkami /tajemnica przedsiębiorstwa/, zał. 3.2 do umowy /Opis techniczny Elektrofiltru kotła nr 9/ – tom II /tajemnica przedsiębiorstwa/ wraz ze schematami i rysunkami /tajemnica przedsiębiorstwa/, oferty GE Power Sp. z o.o., w tym zał. nr 2 i 3 do oferty „Cz. jawna” tom I, zał. nr 9 do umowy /Zakres przedmiotu umowy powierzony podwykonawcom/ - tom II „Cz. Jawna”, zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom III /tajemnica przedsiębiorstwa/ wraz ze schematami i rysunkami /tajemnica przedsiębiorstwa/, zał. 3.2 do umowy /Opis techniczny Elektrofiltru kotła nr 9/ – tom IV /tajemnica przedsiębiorstwa/ wraz ze schematami i rysunkami /tajemnica przedsiębiorstwa/, wezwania do wyjaśnień z 07.07.2016 r. /tajemnica przedsiębiorstwa/ oraz stosownych wyjaśnień z 13.07.2016 r. udzielonych przez Rafako S.A. /tajemnica przedsiębiorstwa/, wezwania do wyjaśnień z 07.07.2016 r. /tajemnica przedsiębiorstwa/ oraz stosownych wyjaśnień z 18.07.2016 r. udzielonych przez GE Power Sp. z o.o. /tajemnica przedsiębiorstwa/, wezwania do wyjaśnień z 22.07.2016 r. /tajemnica przedsiębiorstwa/ oraz stosownych wyjaśnień z 26.07.2016 r. udzielonych przez GE Power Sp. z o.o. /tajemnica przedsiębiorstwa/ oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 03.08.2016 r.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone przez Zamawiającego na rozprawie 30.08.2016 r. – w trybie § 23 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964):

- 1) Zał. nr 3 do odpowiedzi na odwołanie KIO 1510/16;
- 2) Zał. nr 4 do odpowiedzi na odwołanie KIO 1510/16;

46

- 3) Zał. nr 5 do odpowiedzi na odwołanie KIO 1510/16;
- 4) Zał. nr 6 do odpowiedzi na odwołanie KIO 1510/16;
- 5) Załącznik bez numeru do odpowiedzi na odwołanie KIO 1510/16 z symulacją;
- 6) Zał. nr 3 do odpowiedzi na odwołanie KIO 1518/16;

7) Zał. nr 4 do odpowiedzi na odwołanie KIO 1518/16;

8) Załącznik bez numeru do odpowiedzi na odwołanie KIO 1518/16 z symulacją.

Względem opinii Instytutu Techniki Ciepłej Politechniki Warszawskiej z sierpnia 2016 r. złożonej przez Odwołującego w sprawie KIO 1510/16 na rozprawie w dniu 30.08.2016 r. uznać należy, że jest to opinia prywatna będąca stanowiskiem strony w sprawie, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd. Izba uznaje ją za część argumentacji Odwołującego w sprawie KIO 1510/16.

Odnosnie opinii firmy Schwedes + Schulze złożonej przez Odwołującego w sprawie KIO 1510/16 na rozprawie w dniu 30.08.2016 r. - dotyczącej transportu popiołu za pomocą nachylonego przewodu rurowego nie odnosi się ona do zaproponowanego przez GE Power Sp. z o.o. rozwiązania odprowadzania popiołu, czyli odnosi się do zupełnie innego stanu faktycznego, w rezultacie ma charakter bezprzedmiotowy – nadto tak jak powyżej stanowi ona opinie prywatną.

Odnosnie opinii/oferty firmy Kockum Sonics AB, Malmö - Szwecja z 09.08.2016 r. złożonej przez Odwołującego w sprawie KIO 1510/16 na rozprawie w dniu 30.08.2016 r., Izba zaliczyła powyższe pismo firmy Kockum Sonics AB w poczet materiału dowodowego uznając że de facto dotyczy one zdmuchiwalczy akustycznych tego producenta.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego także oświadczenie firmy Airpol z 31.08.2016 r. złożone przez Rafako S.A. Przystępującego do obu odwołań na rozprawie w dniu 08.09.2016 r.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego złożone wraz z pismem procesowym przez GE Power Sp. z o.o. do sprawy o sygn. akt: KIO 1518/16 na rozprawie 08.09.2016 r. – załączniki:

1) Kartę konfiguracyjną dla producenta pyłofonów /tajemnica przedsiębiorstwa/;

2) Broszurę producenta wraz z tłumaczeniem.

Nadto, Izba uznała za okoliczność przyznaną (art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp.) ze strony GE Power Sp. z o.o., czyli Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1518/16, że brak było wyraźnego zakazu w zakresie możliwości zaoferowania własnej sprężarki.

W zakresie dowodów zaliczonych w poczet materiału dowodowego, Izba zastrzega, że ich formalne uznanie nie świadczy automatycznie o przesądzeniu jakiegokolwiek zarzutu

47

w obu odwołaniach. W tym zakresie będą one każdorazowo przedmiotem oceny i ich przydatności merytorycznej względem poszczególnych zarzutów.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także oba odwołania, jak i przystąpienia, odpowiedź na odwołanie o sygn. akt: KIO 1510/16, odpowiedź na odwołanie o sygn. akt: KIO 1518/16, pisma procesowe Rafako S.A. do sprawy o sygn. akt: KIO 1510/16, jak i do sprawy o sygn. akt: KIO 1518/16 – w obu wypadkach złożone na rozprawie 30.08.2016 r. oraz pismo procesowe GE Power Sp. z o.o. do sprawy o sygn. akt: KIO 1510/16 – złożone na rozprawie 30.08.2016 r. /błędnie wskazana sygnatura KIO 1518/16/, pismo procesowe GE Power Sp. z o.o. do sprawy o sygn. akt: KIO 1518/16 – złożone na rozprawie 08.09.2016 r. oraz pismo procesowe z 12.09.2016 r. Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1510/16, jak i pismo procesowe Rafako S.A. do sprawy o sygn. akt: KIO 1510/16 oraz KIO 1518/16 złożone na rozprawie 15.09.2016 r.

W zakresie wniosku o powołanie dowodu z opinii biegłego złożonego w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1510/16 doprecyzowanego pismem z 02.09.2016 r. Izba wzięła pod uwagę pismo Zamawiającego z 06.09.2016 r. w tym zakresie, jak i pisma obu Przystępujących Rafako S.A. oraz GE Power Sp. z o.o. z 06.09.2016 r. oraz fragment pisma procesowego z 12.09.2016 r. Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1510/16.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1510/16 na podstawie art. 190 ust. 1 i 4 Pzp złożył wniosek o powołanie biegłego sądowego w specjalności energetyka ze znajomością zagadnień budowy i zasad eksploatacji instalacji oczyszczania spalin dla bloków opalanych węglem kamiennym.

Pierwotnie wniosek został sformułowany w odwołaniu – zgodnie z nim. W przypadku gdyby którykolwiek z wykonawców (Rafako S.A. oraz GE Power Sp. z o.o.) deklarował podając w ofercie, że stosując rozwiązania zgodne z SIWZ osiągnie takie jak podał w ofercie parametry zużycia pary wodnej i powietrza we wskazywanych wyżej procesach. Odwołujący wnosił by w przypadku uznania, że argumenty i dowody Odwołującego utrudnione ze

względu na brak dostępu do ofert wykonawców zostały uzupełnione o dowód z opinii biegłego, a tym samym wnioskował o powołanie biegłego z zakresu energetyki w celu ustalenia:

Czy przy zastosowaniu rozwiązań dotyczących:

1) czyszczenia katalizatora w instalacji SCR; 2) odprowadzania popiołów spod lejów reaktorów SCR; 3) układu pomiaru, regulacji i wtrysku reagenta w zakresie (-) instalacji przygotowania wody amoniakalnej oraz (-) instalacji powietrza rozrzedzającego; tj. przy braku zastosowania sprężarek powietrza, obowiązku grawitacyjnego odpopielania i stosowania dozowników celkowych oraz klap migałkowych przy braku możliwości

48

przesunięcia pośredniego zbiornika popiołu oraz zakazie stosowania parowników elektrycznych w Instalacji wody amoniakalnej i powietrza rozrzedzającego - możliwe jest osiągnięcie zużycia pary wodnej oraz powietrza w wielkościach podanych przez wykonawców - Rafako S.A. oraz GE Power Sp. z o.o. - w ich ofertach oraz odprowadzanie popiołów zgodnie z wymogami SIWZ.

Wykonawca, będąc zobowiązanym przez Izbę do sprecyzowania swojego wniosku, wskazał dodatkowo w ramach wniosku przywołanego powyżej o powołanie biegłego – odrębnym pismem z 02.09.2016 r. postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytania, jak i treść ofert, która winna być przedmiotem analizy w ich kontekście oraz w kontekście złożonych oświadczeń w ramach pism procesowych uczestników postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1510/16. Nadto sformułował pięć pytań, które należało zadać powołanemu biegłemu.

Zapisy SIWZ oraz odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania istotne dla rozstrzygnięcia przez biegłego:

1) Część III SIWZ Załącznik nr 1 do Umowy „*Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10*”, w szczególności;

a) postanowienia pkt 4.2. *Instalacje technologiczne*

i) ppkt 4 lit a (str. 41) oraz lit i (str. 42)

ii) ppkt 7 lit a (str. 46)

iii) Granice Dostawy pkt 5 oraz 6 (str. 49)

b) postanowienia pkt 4.3. *Układ odpopielania spod reaktora SCR* lit a tiret pierwszy, lit b oraz lit c) (str. 50)

c) postanowienia pkt 4.2. *Instalacje technologiczne* ppkt 3 *Układ przygotowania i wtrysku reagenta* lit a) tiret pierwszy i drugi (str. 39 i 40)

2) Pytanie i odpowiedź nr 237 (pismo z 02.05.2016 r.)

3) Pytanie i odpowiedź nr 238 (pismo z 06.05.2016 r.)

4) Część I SIWZ pkt 20 w zakresie „*metodyka obliczeń poszczególnych elementów kosztów eksploatacyjnych*”, podpunkt dotyczący kosztów „Dla instalacji SCR”

Biorąc pod uwagę, że w części jawnej ofert w Załączniku nr 3, gdzie wykonawcy zobowiązani byli do podania danych do kalkulacji kosztów eksploatacji, w tym:

1) w wersji 3 tabeli „Jednostkowe zużycie sprężonego powietrza technologicznego (Z_{sp}) dla punktów pracy PI, P II, P III”:

a) Rafako SA podał dla obu Zadań (zadanie 1 dot. bloku 9, zadanie 2 dot. bloku 10) wartości równe 0 Nm³/h,

b) GE Power Sp. z o.o. podał dla Zadania 1 wartość 66 Nm³/h, dla Zadania 2 wartość 66 Nm³/h,

2) w wersji 4 tabeli „Jednostkowe zużycie pary (Z_p) dla punktu pracy PI, PU, PIII”:

49

a) Rafako SA podał dla obu Zadań (zadanie 1 dot. bloku 9, zadanie 2 dot. bloku 10) wartości równe 0 t/h,

b) GE Power Sp. z o.o. podał dla obu Zadań (zadanie 1 dot. bloku 9, zadanie 2 dot. bloku 10) wartości równe dla PI- 0,96, PII-1,30, PIII-1,85 t/h.

W części niejawnej ofert złożonych przez Rafako SA oraz przez GE Power Sp. o.o. zawarte są opisy zastosowanych rozwiązań w zakresie:

1) czyszczenia katalizatorów w reaktorach instalacji SCR za pomocą pyłofonów,

- 2) układu odpopielania spod reaktora SCR z zastosowaniem metody pneumatycznego odprowadzania popiołów do zbiornika pośredniego, oraz
- 3) przygotowania i wtrysku reagenta.

Biorąc pod uwagę również:

- 1) Oświadczenie własne wykonawcy Rafako SA co do treści złożonej przez niego oferty wyrażone w piśmie z 30.08.2016 r. (stanowisko procesowe przystępującego), iż wykonawca ten zastosował rozwiązanie „*polegające na dostarczeniu nowej, kompletnej sprężarkowni, skąd pobierane jest sprężone powietrze technologiczne na potrzeby instalacji SCR*” (str. 5 pisma),
- 2) Oświadczenie własne wykonawcy GE Power Sp. z o.o. co do treści złożonej przez niego oferty wyrażone w piśmie z 30.08.2016 r. (pismo przystępującego), iż wykonawca ten zaoferował rozwiązanie, w którym „*ilość sprężonego powietrza wykazana jako 66 Nm³/h zużywana na potrzeby instalacji SCR bloku 9 jest wykorzystywana na potrzeby czyszczenia katalizatorów przy pomocy pyłofonów, jako powietrze sterownicze oraz do odprowadzania popiołów spod reaktorów SCR do zbiornika pośredniego (...)*”
- 3) Oświadczenie własne wykonawcy GE Power Sp. z o.o. co do treści złożonej przez niego oferty wyrażone w piśmie z 30.08.2016 r. (pismo przystępującego), iż wykonawca ten zaoferował dla układu przygotowania i wtrysku reagenta rozwiązanie, polegające na zastosowaniu pary jako źródła ciepła dla odparowania reagenta oraz zastosowaniu spalin jako źródła ciepła dla 3 nagrzewnic powietrza rozrzedzającego zainstalowanych na kanałach spalin, zaś dla nagrzewnicy zapasowej nitki ogrzewanie parą.

Pytania:

- 1) Czy zgodnie z postanowieniami SIWZ sprężone powietrze technologiczne dla potrzeb działania instalacji czyszczenia katalizatorów oraz pneumatycznego odpopielania, jak też powietrze sterownicze (w kontekście odpowiedzi na pytanie 237 i wymogu podania ilości zużycia powietrza z kolektora głównego w celu wyliczenia kosztów pracy instalacji, jak to wynika z Załącznika nr 3) powinno być wyłącznie pobierane z kolektora głównego biegnącego przez Elektrofiltry bloków 9 i 10 (usytuowanego wewnątrz elektrofiltrów na ścianie od strony WS na poziomie ok. 4 m),
- 2) W przypadku odpowiedzi twierdzącej - czy rozwiązanie takie zostało zastosowane

50

w ofercie Rafako SA oraz czy rozwiązanie takie zostało zastosowane w ofercie GE Power Sp. z o.o.,

- 3) Czy zaoferowana wartość „*jednostkowego zużycia sprężonego powietrza technologicznego (Zsp) dla punktów pracy PI, PII, PIII*” w ofercie Rafako SA w wysokości 0 Nm³/h zaspokaja potrzeby instalacji czyszczenia katalizatorów oraz pneumatycznego odpopielania, jak też na powietrze sterownicze,
- 4) Czy zaoferowana wartość „*Jednostkowego zużycia sprężonego powietrza technologicznego (Zsp) dla punktów pracy PI, PII, PIII*” w ofercie GE Power Sp. z o.o. w wysokości 66 Nm³/h dla zadania 1 (blok 9 i blok 10) zaspokaja potrzeby instalacji czyszczenia katalizatorów oraz pneumatycznego odpopielania, jak też na powietrze sterownicze, zakładając że GE Power Sp. z o.o. nie zastosowało metody grawitacyjnego odpopielania,
- 5) Czy oferowane przez GE Power Sp. z o.o. i RAFAKO instalacje spełniają wymagania zawarte w Załączniku nr 2 pkt 4.2 ppkt 3 "Układ przygotowania i wtrysku reagenta - PIWR", w szczególności dotyczące zastosowania czterech układów przygotowania reagenta (3 i jeden zapasowy) i czterech dedykowanych wentylatorów (3+1).

W wskazanym powyższym zakresie, Izba oddaliła złożony wniosek. Należy zauważyć, że istota zarzutów Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1510/16 w szczególności względem Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą - Rafako SA nie sprowadza się do oceny zastosowanego rozwiązania technicznego oraz oceny jego adekwatności w warstwie technicznej sensu stricte.

W tym przypadku biegły rozstrzygałby, czy Wykonawcę wiązały takie, czy inne postanowienia SIWZ. (Podobnie w zbliżonym stanie faktycznym zostały oddalone wnioski o powołanie dowodu z opinii biegłego z podobnej przyczyny – w wyroku KIO z 13.09.2011 r., sygn. akt: KIO 1864/11, w wyroku KIO z 26.06.2014 r., sygn. akt: KIO 1028/14, dodatkowo Izba zwraca uwagę z racji charakteru i przedmiotu sprawy na oddalenie wniosku o powołanie biegłego w wyroku KIO z 23.05.2014 r., sygn. akt: KIO 634/14, KIO 638/14, przy

czym zastrzegając, że odnosi się do wniosku, który został rozpatrzony w części zastrzeżonej uzasadnienia jako tajemnica przedsiębiorstwa). W zależności od przyjętej wykładni postanowień SIWZ opinia byłaby odmiennej treści. Biegły zmuszony byłby do dokonywania oceny prawnej, a nie technicznej na styku - postanowienia SIWZ - treść oferty. Tak zakreślona teza dowodowa oznaczałaby, że biegły, którego z natury przepisu powołanie następuje w sytuacji, kiedy wymagana jest pewnego rodzaju wiedza „nadzwyczajna, specjalna”, wykraczająca poza interpretację przepisów prawa, czy też wiadomości specjalne, dokonywałby oceny prawnej, której dokonanie leży po stronie Izby. Powyższe w szczególności odnosi się do pytania pierwszego – faktyczna analiza postanowień SIWZ oraz udzielonych odpowiedzi na pytania. Podobnie należy odnieść się do pytania drugiego,

51

choć w tym wypadku bezprzedmiotowość wniosku wynika z faktu, że odpowiedź na to pytanie znajduje się w treści oferty, a dodatkowo tak Rafako SA, jak i GE Power Sp. z o.o. złożyli w tym zakresie stosowne oświadczenia w pismach złożonych w sprawie oraz na rozprawie. Względem odpowiedzi na pytanie trzecie - faktyczna analiza postanowień SIWZ oraz udzielonych odpowiedzi na pytania - będzie decydować o tym, czy była możliwość zaoferowania przez Rafako SA wartości jednostkowego zużycia sprężonego powietrza technologicznego (Zsp) dla punktów pracy PI, PII, PIII w wysokości 0 Nm³/h.

Odnosnie pytania czwartego, odpowiedź na niniejsze pytanie polega na zweryfikowaniu oferty GE Power Sp. z o.o. w zakresie rodzaju sprzętu zastosowanego do czyszczenia katalizatora, przyjętych rozwiązań co do pneumatycznego odpopielania, schematów w kontekście postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania oraz stanowisk i pism przedstawionych w toku postępowania odwoławczego. Szczegółowe stanowiska stron oraz GE Power Sp. z o.o. pozwalają na to bez udziału biegłego.

W zakresie pytania piątego odpowiedź na niniejsze pytanie polega na ocenie przedstawionych przez Zamawiającego schematów z ofert Rafako SA, jak i GE Power Sp. z o.o. z obligatoryjnymi wymaganiami w tym zakresie SIWZ.

W konsekwencji uznano, stosownie do art. 190 ust. 6 Pzp, że przeprowadzenie tego dowodu prowadziłoby do zbędnej zwłoki w postępowaniu, a ponadto istnieje obiektywna możliwość wydania rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie bez odwoływania się do specjalisty, w oparciu o inne dowody, w tym przede wszystkim biorąc pod uwagę dokumentację z postępowania o zamówienie publiczne. Izba wskazuje, że specyfika postępowania odwoławczego każdorazowo wymaga ustalenia, czy na podstawie innych dowodów istnieje realna możliwość wydania orzeczenia co do poszczególnych zarzutów. Dowód z opinii biegłego to w postępowaniu odwoławczym ostateczność – jego powoływanie jest celowe jeśli po pierwsze konieczne są wiadomości specjalne /możliwość powołania tego środka dowodowego występuje wtedy, gdy ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych (wyrok SO we Wrocławiu z 15.01.2010 r., sygn. akt X Ga 380/09); podobnie KIO w wyroku z 09.04.2013 r., sygn. akt: KIO 556/13: „Izba podnosi, że *„Celem dowodu z biegłych, w świetle art. 278 KPC, nie jest ustalenie faktów mających znaczenie w sprawie, lecz udzielenie sądowi wyjaśnień w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych. Biegły nie może zatem wyręczać sądu w wyjaśnieniu rzeczywistej treści stosunków faktycznych (...). Fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy sąd ustala w oparciu o inne dowody (z dokumentów, z zeznań świadków, przesłuchania stron)”* (M. Rybarczyk, Biegły w postępowaniu cywilnym, Opinia, Odpowiedzialność, Wynagrodzenie, Warszawa, 2001, s. 28.) (...) *do zadań biegłego należy przedstawienie sądowi swych wiadomości specjalnych (Ibidem, s. 34).”,* po drugie brak jest innych dowodów pozwalających na ustalenie istotnych faktów dla rozstrzygnięcia sprawy. Powyższe nie

52

zachodzi w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Nie mniej ważne jest ustalenie czy postanowienia SIWZ pozwalają ewentualnemu biegłemu na wydanie miarodajnej opinii, tzn. czy nie są wzajemnie sprzeczne.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1518/16 na podstawie art. 190 ust. 1 i 4 Pzp złożył wniosek o powołanie biegłego sądowego z zakresu termodynamiki i obliczeń cieplnych celem ustalenia, czy możliwe jest zapewnienie spadku temperatury spalin w katalizatorze

instalacji odazotowania spalin SCR nieprzekraczającego 3° w przypadku zastosowania C rozwiązania wykorzystującego strumień spalin do ogrzania powietrza rozrzedzającego i odparowania wody amoniakalnej.

W powyższym zakresie, Izba oddaliła złożony wniosek. Należy zauważyć, że istota zarzutu oraz wniosku – o powołanie biegłego - Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1518/16 względem Wykonawcy - Rafako SA sprowadza wbrew pozorom do oceny, czy postanowienia SIWZ - w zakresie zakazu spadku temperatury spalin w katalizatorze powyżej 3° należy odnieść do całej instalacji SCR, czy też tylko do katalizatora. Powyższe wynikało C jednoznacznie ze stanowiska Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1518/16 wyrażonego podczas rozprawy w dniu 08.09.2016 r. W tym zakresie nie jest konieczna wiedza specjalna. Przeprowadzona rozprawa, złożone pisma i stanowiska stron umożliwiają odpowiedź na to pytanie. Przy czym w wypadku, uznania, że wymóg niniejszy dotyczył całej instalacji SCR, Izba może zweryfikować oświadczenie złożone w toku rozprawy w tym zakresie podczas rozprawy w dniu 08.09.2016 r. - przez - Rafako SA – w kontekście jego oferty.

W konsekwencji uznano, stosownie do art. 190 ust. 6 Pzp, że przeprowadzenie tego dowodu prowadziłoby do zbędnej zwłoki w postępowaniu, a ponadto istnieje obiektywna możliwość wydania rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie bez odwoływania się do specjalisty, w oparciu o inne dowody, w tym przede wszystkim biorąc pod uwagę dokumentację z postępowania o zamówienie publiczne. Izba wskazuje, że specyfika postępowania odwoławczego każdorazowo wymaga ustalenia, czy na podstawie innych dowodów istnieje realna możliwość wydania orzeczenia co do poszczególnych zarzutów. Dowód z opinii biegłego – jego powoływanie jest celowe jeśli po pierwsze konieczne są wiadomości specjalne, po drugie brak jest innych dowodów pozwalających na ustalenie istotnych faktów dla rozstrzygnięcia sprawy. Powyższe nie zachodzi w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Nie mniej ważne jest ustalenie czy postanowienia SIWZ pozwalają ewentualnemu biegłemu na wydanie miarodajnej opinii, tzn. czy nie są wzajemnie sprzeczne.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołanie o sygn. akt: KIO 1510/16, jak i KIO 1518/16 nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1510/16:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1510/16 - Mitsubishi Hitachi Power System Europe GmbH - sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

Względem oferty Rafako SA:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 387 § 1 Kc
- poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Rafako SA, mimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób niemożliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ze względu na przyjęcie w ofercie innych niż wymagane przez Zamawiającego w SIWZ rozwiązań technicznych albo podanie nieprawdziwych i niemożliwych do osiągnięcia wielkości parametrów, dotyczących:
 - a) *czyszczenia katalizatora w instalacji SCR*,
dla których wymagania określono w Części III SIWZ załącznik 1 rozdział 4.2. pozycja 7 (układ czyszczenia katalizatora) oraz w odpowiedzi z dnia 2 maja 2016 r. na pytanie nr 237, których wykonawca nie respektuje w złożonej ofercie.
 - b) *odprowadzania popiołów spod lejów reaktorów SCR*
dla których wymagania określono w Części III SIWZ załącznik 1 rozdział 4.3 (układ odprowadzania popiołów spod reaktora SCR) oraz w odpowiedziach;
 - z 02.05.2016 r. na pytanie 237,
 - z 06.05.2016 r. na pytanie 238,
 - z 10.05.2016 r. na pytanie 47,
 - z 19.05.2016 r. na pytanie 558,- których Rafako S.A. S.A. nie respektuje w złożonej ofercie
 - c) *zaprojektowania układu pomiaru, regulacji i wtrysku reagenta w zakresie (1) instalacji przygotowania wody amoniakalnej oraz (2) instalacji powietrza rozrzedzającego*
dla których wymagania określono w Części III SIWZ załącznik 1 rozdział 4.2 pozycja 3 oraz 3a, których Rafako S.A. nie respektuje w złożonej ofercie.
- Każda z w/w niezgodności osobno sprawia, iż oferta Rafako S.A. nie odpowiada treści SIWZ

i jest samoistną przesłanką odrzucenia tej oferty.

Względem oferty GE Power Sp. z o.o.:

2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 387 § 1 Kc

- poprzez zaniechanie odrzucenia oferty GE Power Sp. z o.o., mimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób niemożliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez wskazanie w ofercie niemożliwych do osiągnięcia parametrów przy przyjęciu wymaganych w SIWZ rozwiązań technicznych, co prowadzi do wniosku, iż albo przyjęto rozwiązania techniczne niezgodne z SIWZ albo podano nieprawdziwe wielkości

54

parametrów niemożliwe do osiągnięcia, co w każdym przypadku sprawia iż rozwiązania oferowane przez GE Power Sp. z o.o., nie może być przyjęte ze względu na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 8)

a) *czyszczenia katalizatora w instalacji SCR,*

dla których wymagania określono w Części III SIWZ załącznik 1 rozdział 4.2. pozycja 7 (układ czyszczenia katalizatora) oraz w odpowiedzi z 02.05.2016 r. na pytanie nr 237, których wykonawca nie respektuje w złożonej ofercie.

b) *odprowadzania popiołów spod lejów reaktorów SCR,*

dla których wymagania określono w Części III SIWZ załącznik 1 rozdział 4.3 (układ odpowiadania spod reaktora SCR) oraz w odpowiedziach; , ,

- z 02.05.2016 r. na pytanie 237,
- z 06.05.2016 r. na pytanie 238,
- z 10.05.2016 r. na pytanie 47, - .. _
- z 19.05.2016 r. na pytanie 558,

- których GE Power Sp. z o.o. nie respektuje w złożonej ofercie

c) *zaprojektowania układu pomiaru, regulacji i wtrysku reagenta w zakresie (1) instalacji przygotowania wody amoniakalnej oraz (2) instalacji powietrza rozrzedzającego*

dla których wymagania określono w Części III SIWZ załącznik 1 rozdział 4.2 pozycja 3 oraz 3a, których GE Power Sp. z o.o. nie respektuje w złożonej ofercie.

Każda z w/w niezgodności osobno sprawia, iż oferta GE Power Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ i jest samoistną przesłanką odrzucenia tej oferty.

Względem oferty Rafako SA i GE Power Sp. z o.o.:

3. art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 355 § 1 i 2 - poprzez zaniechanie wezwania wykonawców do wyjaśnień w zakresie w/w elementów oferty i ich zgodności z SIWZ oraz przyczyn podania takich niemożliwych do osiągnięcia parametrów i przyjęcie bez dokładnego zbadania i wbrew zasadzie staranności, którą powinien się kierować profesjonalista, iż podane przez obu wykonawców parametry zużycia pary wodnej, zużycia powietrza, a także zastosowane rozwiązania techniczne w zakresie instalacji wody amoniakalnej i układu powietrza rozrzedzającego są niemożliwe do osiągnięcia przy zastosowaniu rozwiązań zgodnych z SIWZ.

Względem oferty Rafako SA:

4. art. 91 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 355 § 1 i 2 - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie stanowi oferty najkorzystniejszej gdyż wybór przeprowadzono bez dokładnego i nacechowanego właściwą starannością zbadania ofert, a staranność ta prowadziłaby do wniosku o niemożności osiągnięcia podanych w ofertach parametrów przy zastosowaniu rozwiązań zgodnych z SIWZ. Ponadto przyjęto parametry niemożliwe do

55

osiągnięcia (w zakresie zużycia pary wodnej i powietrza) uwzględniając je w kryterium koszty eksploatacji, co doprowadziło do zawyżenia ocen obu ofert objętych odwołaniem.

5. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert, mimo iż podanie nieprawdziwych i niemożliwych do osiągnięcia, wprowadzających w błąd poziomów zużycia pary wodnej i powietrza w określonych procesach prowadzi do uzyskania wyższej oceny w kryterium koszty eksploatacji i uzyskania zamówienia wskutek naruszenia prawa pozbawiającego tego zamówienia innego wykonawcy, który zachował się zgodnie z prawem.

Względem oferty Rafako SA i GE Power Sp. z o.o.:

6. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców, którzy podali nieprawdziwe informacje o parametrach instalacji SCR (układ czyszczenia katalizatora, układ odpowietlania) w zakresie zużycia pary wodnej i powietrza, a informacje te będąc podstawą oceny ofert wprowadziły Zamawiającego w błąd wpływając na wynik postępowania, co w związku z zarzutem nr 3 (zaniechanie wyjaśnienia przyczyn podania takich informacji) prowadzi do wniosku, iż Zamawiający nie ustalił, czy jest to działanie zawinione, a mimo to zaniechał wykluczenia wykonawców.

Względem oferty Rafako SA:

7. art. 90 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie zbadania czy cena oferty Rafako S.A. nie jest ceną rażąco niską, gdyż o ile oferuje rozwiązania w zakresie wody amoniakalnej i układu powietrza rozrzedzającego zgodne z SIWZ, a jednocześnie nie wymagające zużycia pary wodnej (co wykonawca zadeklarował w ofercie) to są to rozwiązania znacząco droższe, a oferta Rafako S.A. mimo to jest znacząco tańsza od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert i powinno to wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i skutkować obowiązkiem wezwania do wyjaśnień i udowodnienia realności ceny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1510/16, Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w odwołaniu, przystąpieniach oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie, pismo procesowych Przystępujących, w tym także przywołane postanowienia SIWZ. Przy czym, Izba do kwestii spornych odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów. Przywołując stosowne postanowienia SIWZ, czy też odpowiedzi na pytania lub wskazując określone fragmenty oferty.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie oferty Rafako S.A

56

Izba stoi na stanowisku, że analiza postanowień SIWZ oraz udzielonych odpowiedzi na pytania daje podstawy do uznania zasadności stanowiska Zamawiającego, co do dopuszczalności zaoferowania rozwiązania technologicznego opartego o dodatkowe urządzenia – sprężarki. Mamy bowiem do czynienia przede wszystkim z zamówieniem „pod klucz”, zaś postanowienia SIWZ dopuszczały każde rozwiązanie technologiczne, w sytuacji gdy jakieś rozwiązanie nie było dopuszczone, jednoznacznie wynikało to z postanowień SIWZ, czy też udzielonych odpowiedzi na pytania np. odpowiedź na pytanie 493 – nie dopuszczające podgrzewaczy elektrycznych. Potwierdza to zasadniczo, tzn. przywołaną formułę - Dział 2, Klauzula 2.1, 2.6 i 2.7 Cz. III SIWZ (Zgodnie z pkt 4.1 zdanie trzecie Cz. I Instrukcji dla Wykonawców – „Przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z wymaganiami opisanymi we wzorze umowy zawartym w Cz. III SIWZ („Umowa”) (...)” – takie stwierdzenia, jak: „Przedmiotem Umowy jest dostawa i montaż w ENEA Wytwarzanie kompletnych nowoczesnych instalacji (...)”; „Formuła ta obejmuje wykonanie wszelkich Dostaw, Usług i Robót Budowlanych, (...) nawet jeśli jakieś elementy Dostaw, Usług lub Robót Budowlanych nie są wyraźnie wyszczególnione w Umowie i wydanych decyzjach administracyjnych”; „(...) w szczególności gdyby świadczenia te nie zostały wyraźnie wymienione w Umowie lub wykraczały poza szczegółowo, specyfikację, Dostaw. Usług i Robót Budowlanych zawartą, w Umowie, ale które posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie Wykonawca powinien był przewidzieć, w związku z posiadaniem danych oraz informacji przekazanych przez Zamawiającego, w świetle obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy technicznej i doświadczenia (...)”. Nadto, załącznik nr 1 do umowy /Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10/ – pkt 4.2 (str. 33 z 180), gdzie podano jedynie podstawowe instalacje technologiczne, a w ppkt 10 jest: „Inne urządzenia niezbędne do prawidłowego funkcjonowania Instalacji”. Z kolei w pkt 4.2 ppkt 7 lit. a zd. drugie (str. 46 z 180) – w ramach instalacji czyszczenia katalizatora – mimo że odnosi się to do urządzeń czyszczących potwierdza także dużą swobodę po stronie Wykonawcy – stwierdzając, że: „Zastosowanie typu i ilości urządzeń użytych do oczyszczenia elementów katalizatora należy do wykonawcy.” Tego rodzaju swobodę widać także w pkt 4.2 ppkt 3 lit. a tiret drugie zdanie drugie (str. 40 z 180); „Dopuszcza się także zastosowanie innych rozwiązań technicznych (układów technologicznych) zawierających inne elementy instalacji

i umożliwiającą skuteczną wprowadzanie reagenta do strumienia spalin". Przystępujący słusznie wskazywał także na pkt 4.2 ppkt 3 lit. g zdanie drugie (str. 41 z 180), odnoszący się do możliwości lokowania instalacji i urządzeń pomocniczych (wskazano tam jedynie przykładowo takie urządzenia, nie zostały one wymienione w ramach katalogu zamkniętego, czyli ich katalog ma charakter otwarty) w budynku kotłowni, po uzgodnieniu z Zamawiającym

57

na etapie projektu podstawowego. Niewątpliwie takim urządzeniem pomocniczym mogą być własne sprężarki.

W konsekwencji o zasadności przyjętego stanowiska świadczy otwarty katalog urządzeń i możliwość wyboru typu oraz ilości urządzeń przez Wykonawcę, to szczególnie istotne w kontekście sprężarki. Udzielone odpowiedzi na pytania (odpowiedź na pytanie 47 /dotyczy: układu odpopielania także EF10, stwierdza się jedynie że zbiorniki pośrednie popiołu bloku 10 nie są w granicy dostaw, przy czym stwierdza się zarazem, że mieszalniki i inne wszystkie urządzenia układu odpopielania leżą po stronie Wykonawcy, co potwierdza de facto wskazywany powyżej charakter kontraktu; odpowiedź na pytanie 238 dotyczy systemu grawitacyjnego w kontekście układu odpopielania – bez znaczenia z uwagi na nie zastosowanie systemu grawitacyjnego tak przez Rafako SA, jak i GE Power Sp. z o.o., odpowiedź na pytanie 513 z kolei wprost potwierdza konieczność dostarczenia i zamontowania wdmuchiwiaczy, czyli pyłofonów), a w szczególności na pytanie 237 nie zmieniają powyższego (odnosi się bowiem do zakresu obligatoryjnego, ale nie zakazuje). Na pewno za takie nie można uznawać odpowiedzi na pytanie 558, czy też 135 (przy czym w tym ostatnim wypadku wprost stwierdzono, że Zamawiający nie dopuszcza zastosowania własnej sprężarki, która odnosi się do sprężarek, albowiem wskazana nazwa to budynek ze sprężarkami), gdyż dotyczą one zadania 2 i w konsekwencji, Izba nie widzi jakichkolwiek podstaw do brania ich pod uwagę. Przyjęcie argumentacji Odwołującego, czyniłoby postanowienia SIWZ niespójnymi, gdyż z jednej strony szeroki zakres postanowień SIWZ, z drugiej, odpowiedź na pytanie, które nie poprzez wyłączenie wprost, ale w wyniku interpretacji korzystnej dla Odwołującego wyłączałaby możliwość zaoferowania własnych sprężarek. Izba przyjęła do wiadomości argumentację Odwołującego z rozprawy z 30.08.2016 r. (w zakresie pkt 5, 6, a także 8), jednakże wychodzi ona z błędnych założeń, gdyż granice dostawy (str. 48-49 z 180 - załącznik nr 1 do umowy /Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10/) nie stanowią imperatywu. Istnieje bowiem generalna możliwość dostarczenia w ramach przyjętego rozwiązania technologicznego takich urządzeń, które zapewnią - prawidłowe funkcjonowanie Instalacji – zgodnie z przyjętą technologią, w konsekwencji stwierdzenie w pkt 5 dla sprężonego powietrza technologicznego – Początek: kolektor główny, nie stanowi jedyne dopuszczalne rozwiązanie. Izba wskazuje także na istniejące różnice w ramach zadania 1 – granice dostaw – pkt 5 dla sprężonego powietrza technologicznego (określone parametry dotyczące ciśnienia) w odróżnieniu od zadania 2. W rezultacie do przyjętego rozwiązania technologicznego przez danego Wykonawcę zależało, jakie w sensie kompletnym, będzie zmuszony dostarczyć Wykonawca urządzenia. W tym zakresie argumentacja Rafako S.A. potwierdza, zasadność zaoferowania przez niego własnej sprężarki z uwagi na

58

niewystarczające ciśnienie w kolektorze głównym Zamawiającego. Dodatkowo, Izba wskazuje w tym kontekście na okoliczność, tj. - oświadczenie firmy Airpol z 31.08.2016 r. złożone przez Rafako S.A. na rozprawie w dniu 08.09.2016 r. Nadto, potwierdzają to informacje zawarte w zał. nr 3 do odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie 30.08.2016 r. /tajemnica przedsiębiorstwa/ oraz ofercie Rafako SA na str. 156 oraz 203 zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom II /tajemnica przedsiębiorstwa/. Izba dodatkowo podnosi, że w toku rozprawy de facto - GE Power Sp. z o.o. przyznał brak takiego wyłączenia (okoliczność przyznana - art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp.), również w ocenie Izby z dokumentacji, a ściślej z jednego pytań (nr 1) (w kontekście również odpowiedzi) zadanych przez Zamawiającego GE Power Sp. z o.o. w ramach wezwania do wyjaśnienia treści oferty – pismo z 22.07.2016 r. – wynika, iż przyjęte stanowisko przez Zamawiającego w przedmiotowej kwestii nie jest wynikiem jedynie zaistniałej sytuacji

procesowej. (tak wezwanie do wyjaśnień z 22.07.2016 r., jak i odpowiedzi z 26.07.2016 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa).

W rezultacie, w ocenie Izby dopuszczalne było zastosowanie, a ściślej **pobieranie sprężonego powietrza z własnej sprężarki na potrzeby czyszczenia katalizatora w Instalacji SCR (lit. a)**, a nie z kolektora głównego wskazanego przez Zamawiającego. Inaczej mówiąc dopuszczalne było, jak w tym wypadku w ofercie Rafako S.A., czyszczenie katalizatora oparte na pyłofonach zasilanych sprężonym powietrzem pochodzącym ze sprężarki Rafako S.A. Wykonawca wskazał dwóch producentów pyłofonów z nazwy zastrzegając zarazem „lub równoważny” (str. 203 oferty Rafako SA - zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom II /tajemnica przedsiębiorstwa/ - stosowna tabela). Z uwagi na charakter kontraktu zostanie to definitywnie ustalone na etapie realizacji. Brak jest podstaw na obecnym etapie do uznania, że będzie to producent, którego opinie/ofertę jako dowód złożył Odwołujący na rozprawie 30.08.2016 r.

Odnosnie **odprowadzania popiołów spod lejów reaktora SCR, czyli systemu odpopieliwania (lit. b)**, w konsekwencji dopuszczalności zastosowania własnych sprężarek, skutkuje to uznaniem przez Izbę – dopuszczalności zastosowania systemu pneumatycznego z wykorzystaniem własnych sprężarek (tak oświadczyło Rafako S.A. w ramach swojego pisma procesowego złożonego 30.08.2016 r.). Izba także podkreśla, że zachowane zostały wymogi określone przez Zamawiającego w pkt 4.3 lit. a – tiret pierwszy, z lit. b i lit. c (str. 50 z 180) załącznika nr 1 do umowy /Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10/. Wykonawca nie zastosował metody grawitacyjnej, jak zakładał także Odwołujący, ani nie przewidywał relokacji zbiornika pośredniego boku nr 10. Wszelkie więc dywagacje w tym zakresie Odwołującego z odwołania i rozprawy należy uznać za bezprzedmiotowe. Autopoprawka nr 65 odnosiła się do kwestii ewentualnego

59

zastosowania metody grawitacyjnej. Izba wskazuje na okazane podczas rozprawy w dniu 30.08.2016 r. schematy rysunkowe dla instalacji odpopieliwania reaktorów SCR blok nr 9 i 10 o nr B60217-A21003R, B60217-A21004R – str. 263 i 264 oferty Rafako S.A. zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom II /tajemnica przedsiębiorstwa/. Opis z kolei znajduje się na w ofercie Rafako S.A. str. od 217-221 - zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom II /tajemnica przedsiębiorstwa/.

Rezultatem uznania dopuszczalności zastosowania własnych sprężarek jest brak naruszenia przez Zamawiającego - art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Skoro było to dopuszczalne to należy uznać że **podanie zerowego zużycia sprężonego powietrza technologicznego na potrzeby instalacji SCR** (zał. nr 3 do formularza „Oferta” /formularz - Dane do Kalkulacji kosztów eksploatacyjnych/ - pkt 3 – w zał. nr 3 do oferty „Cz. Jawna” – tom I) nie jest zadeklarowaniem parametru niemożliwego do spełnienia, czyli nie miało miejsca naruszenia - art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp. W tym bowiem kontekście, Izba wskazuje, że Zamawiający jednoznacznie określił w odpowiedzi na pytanie 496, że użycie sprężonego powietrza na potrzeby kalkulacji kosztów eksploatacyjnych dotyczy powietrza pobieranego z kolektora głównego, czyli nie odnosi się do własnej sprężarki. Powyższe ustalenie nie było przedmiotem zaskarżenia i stało się wiążące dla wszystkich uczestników postępowania.

Podobnie zadeklarowanie w ofercie Rafako **zerowego zużycia pary wodnej** (zał. nr 3 do formularza „Oferta” /formularz - Dane do Kalkulacji kosztów eksploatacyjnych/ - pkt 4, ale i 5 - w zał. nr 3 do oferty „Cz. Jawna” – tom I) ma swoje oparcie w ofercie, gdyż wobec oparcia czyszczenia katalizatora instalacji SCR na pyłofonach – czyli **zdmuchiwaczach akustycznych, a nie zdmuchiwaczach parowych** – nie było takiej konieczności.

Odnosnie **lit. c – przygotowania i wtrysku reagenta**, Izba przeanalizowała postanowienia SIWZ, w kontekście treści oferty i schematów okazanych podczas rozprawy.

Należy zauważyć, że Izba nie dostrzegła tak dalekich wymogów jakie założył Odwołujący w odwołaniu. W pkt 4.2 ppkt 3 lit. a – tiret pierwszy do tiretu trzeciego załącznika nr 1 do umowy /Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10/ (str. 39-40 z 180) wskazuje się niewątpliwie na 4 wentylatory, 4 układy przygotowania reagenta wraz z przynależnymi układami regulacji, ale liczba podgrzewaczy powietrza nie została określona, tym bardziej na 4 sztuki (używa się sformułowania w liczbie pojedynczej). Założenie więc Odwołującego co do obligatoryjnego zakresu schematu nie mają podstaw w wymogach SIWZ. Schemat ogólny SCR blok nr 10 nr rys B60206-1001B

a okazany podczas rozprawy 30.08.2016 r., w ocenie Izby, spełnia przywołane powyżej wymogi SIWZ. Izba wskazuje również na Zał. nr 5 do odpowiedzi na odwołanie KIO 1510/16 złożony przez Zamawiającego na rozprawie 30.08.2016 r. Dodatkowo, należy przywołać postanowienie z pkt 4.2 ppkt 3 lit. a tiret drugi zdanie drugie (str. 40); „Dopuszcza się także zastosowanie innych rozwiązań technicznych (układów technologicznych) zawierających inne elementy instalacji i umożliwiających skuteczne wprowadzanie reagenta do strumienia spalin”.

Dodatkowo należy zauważyć, że Rafako S.A. nie stosuje zakazanych parowników elektrycznych, czy też elektrycznych podgrzewaczy. Zgodnie z oświadczeniem Rafako S.A. z rozprawy z 30.08.2016 r. stosuje dozwolone podgrzewanie spalinami. Izba wskazuje w tym kontekście na opis str. 141, 154-156, 194-198 wraz z tabelami - oferty Rafako S.A. zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom II /tajemnica przedsiębiorstwa/).

Rezultatem powyższego jest **z jednej strony brak naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp**, z drugiej wobec zastosowania podgrzewania spalinami – brak naruszenia art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp – gdyż **zerowe zużycia pary wodnej – miało swoje uzasadnienie – w zastosowanym podgrzewaniu spalinami, a nie parą – w ramach przygotowania i wtrysku reagenta.**

Odnosnie zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień skierowanego do Rafako S.A. zarzut jest niezasadny, gdyż takie wezwanie zostało wystosowane w dniu 07.07.2016 r., a odpowiedź uzyskano 13.07.2016 r. Zakres pytań miał charakter obszerny choć zasadniczo nie odnosił się wprost do kwestii spornych z pewnymi wyjątkami.

Odnosnie zarzutów dotyczących wyboru oferty Rafako SA jako najkorzystniejszej stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Izba uznaje powyższe zarzuty za nie mające oparcia w stanie faktycznym i nie uwzględniające wszystkich okoliczności sprawy. Należy bowiem ponownie wskazać na odpowiedź na pytanie 496 – w kontekście kryterium kosztów eksploatacji. Podano więc zużycie sprężonego powietrza potrzeby technologiczne **tak jak nakazywała przywołana odpowiedź na pytanie, zgodnie z którą na pytanie - Oferent prosi o potwierdzenie, że do kalkulacji kosztów eksploatacji w kolumnie „3, Jednostkowe zużycie sprężonego powietrza technologicznego (Z_{sp}) dla punktów pracy:” ma zostać podana ilość powietrza pobierana z lokalizacji podanej w załączniku nr 1 do Umowy na stronie 49 (kolektor główny biegnący przez Elektrofiltry bloków 9 i 10 i usytuowany wewnątrz elektrofiltrów na ścianie od strony WS na poziomie około 4 m – padła odpowiedź: „Tak”.** Izba podkreśla, że Wykonawca nie zaoferował własnych sprężarek po to, aby uzyskać lepszą

punktację, z racji tego, że znał wskazaną odpowiedź – uczynił to przede wszystkim dlatego, iż **parametry w kolektorze głównym u Zamawiającego były zbyt niskie dla potrzeb jego rozwiązania technologicznego (szczegóły zał. nr 3 do odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie 30.08.2016 r. /tajemnica przedsiębiorstwa/, dodatkowo oświadczenie firmy Airpol z 31.08.2016 r.), jego działanie miało uzasadnione merytoryczne i nie było podyktowane chęcią uzyskania przewagi konkurencyjnej.** Izba dała także wiarę stanowisku Zamawiającego mającemu oparcie w SIWZ, że zakazał on urządzeń generujących największe zużycie energii elektrycznej – takich jak parowniki elektryczny (pkt 4.2 ppkt 3 lit. a tiret pierwszy /str. 39 z 180/ - załącznika nr 1 do umowy /Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10/), czy elektryczne podgrzewacze powietrza rozrzedzającego (odpowiedź na pytanie 493) – istniała więc możliwość zastosowania urządzeń o nieznacznym wpływie na zużycie energii elektrycznej, jak stwierdził na rozprawie służących do obiegu, a nie do podgrzania. Zastosowane zaś własne sprężarki nie będą obciążały infrastruktury Zamawiającego, tj. istniejącej instalacji sprężania powietrza. Zamawiający nie dokonał założeń w zakresie odbiorników energii elektrycznej, ale co do urządzeń służących likwidacji, pokonania

dotychczasowych oporów katalizatora i nowych kanałów spalin (pkt 20.8.2 Cz. I SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców, Metodyka obliczeń poszczególnych elementów kosztów eksploatacyjnych, dla instalacji SCR – str. 29/32 oraz Obliczenie kosztów eksploatacyjnych w zakresie instalacji SCR – str. 30/32 [„Jednostkowy spadek ciśnienia na katalizatorze (wszystkie warstwy katalizatora łącznie z nowymi kanałami spalin) dla punktu P III (p)” – pkt 1 - zał. nr 3 do formularza „Oferta” /formularz - Dane do Kalkulacji kosztów eksploatacyjnych/]. Izba wzięła pod uwagę także symulację przedłożoną przez Zamawiającego podczas rozprawy 30.08.2016 r./Załącznik bez numeru do odpowiedzi na odwołanie KIO 1510/16 z symulacją/.

Wobec niepotwierdzenia się wcześniejszych zarzutów dotyczących w szczególności zadeklarowanych poziomów zużycia powietrza oraz pary **zarzut złożenia nieprawdziwej informacji w ofercie Rafako S.A. należy uznać za chybiony.**

Odnosnie zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1

Pzp. Izba podnosi, że nie zaistniała sytuacja nakładająca obowiązek obligatoryjny wezwania w tym zakresie (Cz. II - Formularza „Oferta”, zał. nr 2 do formularza „Oferta” /formularz - Kalkulacja ceny oferty/ - w zał. nr 2 do oferty „Cz. Jawna” – tom I). W konsekwencji, w gestii Zamawiającego spoczywała decyzja co do zasadności wezwania. Należy wskazać, że Zamawiający stwierdził, iż nie zaistniało po jego stronie podejrzenie zaoferowania przez Rafako S.A. ceny mającej charakter rażąco niski. Wyjaśnił także czym się kierował, w ramach odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Izba stwierdziła, że istniały wyraźne

62

podstawy do odstąpienia od tej procedury. Nie chodzi jedynie o to, że tak Zamawiający miał gruntowną wiedzę na temat Wykonawcy, a Wykonawca doskonale znał przedmiot zamówienia, gdyż był zasadniczo jego producentem. Ważne jest, że to podmiot, który jest producentem najbardziej kosztotwórczych elementów zamówienia – kotłów, katalizatora, elektrofiltrów. Nadto, w odróżnieniu od pozostałych Wykonawców będzie korzystał w przeważającej części z polskich podwykonawców (co wynika z załączonej do oferty Rafako S.A. listy – str.115 - 122 - zał. nr 9 do umowy /Zakres przedmiotu umowy powierzony podwykonawcom/ - tom I „Cz. Jawna”). Dodatkowo Izba podkreśla, że nie zastosowano podgrzewania elektrycznego, zaś schemat przygotowania i wtrysku reagenta jest zgodny z SIWZ – w tym zakresie nie było konieczności jak błędnie założy Odwołujący wykorzystania 4 podgrzewaczy, czyli wynikający z tego mniejszy koszt ma uzasadnienie. Nadto, potwierdziło się, oświadczenie Rafako S.A. że jest on producentem wymiennika ciepła (str. 204 oferty Rafako S.A. zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom II /tajemnica przedsiębiorstwa/). Nadto, brak jest podstaw do uznania, że generuje ten element znaczne koszty z uwagi na jego charakter.

Odnosnie oferty GE Power Sp. z o.o.

Po pierwsze, zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp został w toku rozprawy wobec powyższego podmiotu de facto uznany za chybiony przez samego Odwołującego (potwierdziło się bowiem, że GE Power Sp. z o.o. nie korzysta z własnej sprężarki, ale ze sprężonego powietrza pochodzącego z kolektora głównego należącego do Zamawiającego), który uznał zasadność zarzutu wobec tego Wykonawcy naruszenia art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp.

Odnosnie podanego zużycia sprężonego powietrza technologicznego (zał. nr 3 do formularza „Oferta” /formularz - Dane do Kalkulacji kosztów eksploatacyjnych/ - pkt 3 – w zał. nr 3 do oferty „Cz. Jawna” – tom I):

a) na potrzeby instalacji SCR, Izba nie uznała argumentacji Odwołującego należy zauważyć, że argumentacja oraz dowody opierała się na założeniu, iż Wykonawca wykorzystał pyłofony, jako powietrze sterownicze, konkretnego producenta. Jednoznaczne stanowisko **GE Power Sp. z o.o.** mające oparcie w jego ofercie – str. 783 - zał. nr 9 do umowy /Zakres przedmiotu umowy powierzony podwykonawcom/ - tom II „Cz. Jawna”, a wzmocnione złożoną wraz z pismem z 08.09.2016 r. - Kartę konfiguracyjną dla producenta pyłofonów /tajemnica przedsiębiorstwa/; przeczy temu założeniu i czyni przedłożony w tym zakresie przez Odwołującego dowód - opinie/ofertę firmy Kockum Sonics AB, Malmö – Szwecja z 09.08.2016 r., za bezprzedmiotowy dla meritum sprawy. Jednocześnie Izba zauważa, że Odwołujący zakładał w odwołaniu pracę nie tylko w trybie ciągłym, ale nawet

63

w stanie gotowości. Przedstawione, okazane przez Zamawiającego na rozprawie 30.08.2016 r. strony oferty **GE Power Sp. z o.o.** (str. 931 - zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom III /tajemnica przedsiębiorstwa/), jak i załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie /tajemnica przedsiębiorstwa/, dają podstawę do uznania, że pracują w innym trybie, a założenia Odwołującego są z gruntu błędne. Izba wskazuje także na opis ze str. 834 oraz na str. 930 oferty **GE Power Sp. z o.o.** - zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom III /tajemnica przedsiębiorstwa/). Nadto, Izba wskazuje, że **GE Power Sp. z o.o.** spełnia także wymóg wynikający z odpowiedzi na pytanie 513 /zainstalowania urządzenia czyszczącego na trzeciej wolnej warstwie katalizatora/. W tym zakresie, **GE Power Sp. z o.o.** udzieliła odpowiedzi na pytanie 41 – pismo z 18.07.2016 r. będące wynikiem wezwania do wyjaśnień z 07.07.2016 r. skierowanego przez Zamawiającego.

b) na potrzeby odpopielania, także stanowisko Odwołującego jest błędne. Izba w tym zakresie wzięła pod uwagę zastosowane rozwiązanie zgodnie z którym ilości popiołu spod leja reaktora SCR będą miały de facto charakter śladowy, co znajduje swoje potwierdzenie w projekcie wylotu reaktora, tj. schemacie technologicznym instalacji odpopielania SCR dla K9 i K10 nr rys OW160503-02 z oferty okazanym na rozprawie - str. 948 oferty **GE Power Sp. z o.o.** - zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom III /tajemnica przedsiębiorstwa/, czy też w fakcie że zasadniczo przyjęte rozwiązanie, co nie było kwestionowane, przewiduje wydzielanie całości popiołu na elektrofiltrze. Nadto, Izba podnosi, że Wykonawca przedstawił wraz z pismem z 08.09.2016 r. - broszurę producenta typowego rozwiązania – urządzenia do transportu pneumatycznego, które dodatkowo uwiarygodnia stanowisko Wykonawcy. Izba wzięła pod uwagę, okoliczność, że mamy tutaj do czynienia z zamówieniem „pod klucz”, który będzie wymagało na etapie realizacji osiągnięcia zadeklarowanych parametrów. Nie bez znaczenia jest również odpowiedź na pytanie 475, w którym Zamawiający obliguje Wykonawców do budowy układu odpopielania spod reaktora SCR zgodnie z wymaganiami SIWZ - które są opisane w załączniku nr 1 do umowy /Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10/ pkt 4.3 „Układ odpopielania spod reaktora SCR” (str. 50-51 z 180) bez względu na fakt, że warunki konstrukcyjno-technologiczne (np. ilość popiołu który może lub będzie się osadzać na reaktorach SCR) zadeklarowane przez Wykonawcę nie wymagają zabudowy układu odpopielania spod reaktora SCR. Kwestia zastrzeżenia zawartego w pkt 4.3 lit. c zdanie ostatnie „*Opomiarowane ma zostać zużycie sprężonego powietrza technologicznego (...)*” (str. 50 z 180) /Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10/, w ocenie Izby nie daje podstawy do uznania, że rozwiązanie **GE Power Sp. z o.o.** było niedopuszczalne. Zastosowanie rozwiązanie nie jest rozwiązaniem grawitacyjnym

i nie ingeruje w lokalizację zbiorników pośrednich popiołu. Mamy do czynienia z odprowadzaniem pneumatycznym oraz hydrotransport (Izba wskazuje za pismem Zamawiającego z 06.09.2016 r.). Izba przywołuje str. 878 oferty **GE Power Sp. z o.o.** - zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom III /tajemnica przedsiębiorstwa/.

Odnośnie podanego zużycia pary (zał. nr 3 do formularza „Oferta” /formularz - Dane do Kalkulacji kosztów eksploatacyjnych/ - pkt 4 – w zał. nr 3 do oferty „Cz. Jawna” – tom I). Odwołujący w tym zakresie ograniczył swoje żądanie do stwierdzenia, że podana ilość jest nie wystarczająca na potrzeby układu zapasowego. Izba w tym zakresie podnosi, że należało podać wielkość dla trzech punktów podstawowych (P I, P II, P III) i takie wartości zostały podane przez Wykonawcę. Układ zapasowy miał być zgodnie z SIWZ (pkt 4.2 ppkt 3 lit. a tiret pierwszy /str. 39 z 180/ - załącznika nr 1 do umowy /Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10/) przyłączany miejscowo i zdalnie do pracy za dowolnie wybrany układ przygotowania reagenta. Nadto, Izba podkreśla, że układ przygotowania i wtrysku reagenta spełnia wymogi SIWZ, co jednoznacznie wynika ze schematu technologicznego na str. 921 oraz 922 oferty **GE Power Sp. z o.o.** - zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom III /tajemnica przedsiębiorstwa/. Izba wskazuje również na Zał. nr 6 do odpowiedzi na odwołanie KIO 1510/16 złożony przez Zamawiającego na rozprawie 30.08.2016 r. Nie będą wykorzystane zakazane parowniki elektryczne, czy też elektryczne podgrzewacze. Przyjęte rozwiązanie

stanowi połączenie rozwiązania opartego na spalinach i na parze. (Zgodnie z oświadczeniem **GE Power Sp. z o.o.** w ramach pisma złożonego na rozprawie 30.08.2016 r.). Izba wskazuje także na opis na str. 826-829 oferty **GE Power Sp. z o.o.** - zał. 3.1 do umowy /Opis techniczny Instalacji SCR i Elektrofiltru kotła nr 10/ – tom III /tajemnica przedsiębiorstwa/. W konsekwencji brak jest podstaw do podważania zadeklarowanej wartości pary. Zaś, okoliczność, że GE Power Sp. z o.o. oświadczył (w ramach pisma złożonego na rozprawie 08.09.2016 r., jak i na rozprawie 15.09.2016 r.), że mimo wszystko ujął taką wartość, jest okolicznością relewantną.

Odnosnie zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień skierowanego do GE Power Sp. z o.o. zarzut jest niezasadny, gdyż takie wezwanie zostało wystosowane dwukrotnie – po pierwsze - w dniu 07.07.2016 r., a odpowiedź uzyskana 18.07.2016 r.; - po drugie – 22.07.2016 r., a odpowiedź uzyskana 26.07.2016 r.. Zakres pytań miał charakter obszerny choć zasadniczo nie odnosił się wprost do kwestii spornych z pewnymi wyjątkami.

Wobec niepotwierdzenia się wcześniejszych zarzutów dotyczących w szczególności zadeklarowanych **poziomów zużycia powietrza oraz pary zarzut złożenia nieprawdziwej informacji w ofercie GE Power Sp. z o.o. należy uznać za chybiony.**

65

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 1510/16 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1518/16:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1510/16 - GE Power Sp. z o.o. - sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty wobec oferty Rafako S.A. naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Rafako S.A. do udzielenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera cenę zdecydowanie niższą od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz względem wartości zamówienia, a w szczególności wynagrodzenie za roboty budowlane jest kilkunastokrotnie niższe od oferowanego przez pozostałych wykonawców, co przesądza o zaoferowaniu przez Rafako S.A. ceny rażąco niskiej;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Rafako S.A. jako niezgodnej z treścią SIWZ, podczas gdy oferta tego wykonawcy przewiduje zastosowanie rozwiązań wykluczonych Zamawiającego w zakresie zużycia sprężonego powietrza, tj. użycie nieprzewidzianych w SIWZ i wykluczonych w wyjaśnieniach do SIWZ sprężarek powietrza, a także zaoferowanie rozwiązań niezapewniających zachowania gwarantowanych parametrów maksymalnego obniżenia temperatury spalin;
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez podejmowanie czynności w Postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami Pzp. Ponadto z ostrożności procesowej zarzucił Zamawiającemu również naruszenie:
4. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Rafako S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie sposobu, w jaki zamierza wykluczyć zużycie sprężonego powietrza oraz przyjętych rozwiązań zapewniających nieprzekroczenie parametru maksymalnego spadku temperatury spalin w wysokości 3° w przypadku C zastosowania rozwiązania wykorzystującego strumień spalin do ogrzania powietrza rozrzedzającego i odparowania wody amoniakalnej;
5. art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Rafako S.A. pomimo jej nieważności na podstawie ww. przepisu Kodeksu cywilnego, jako zawierającej zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, bowiem zawarte w ofercie deklarowane nieprzekroczenie spadku temperatury spalin przy przyjętym w ofercie rozwiązaniu jest obiektywnie niemożliwe do

66

osiągnięcia;

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1518/16, Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w odwołaniu, przystąpieniach oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie, pismo procesowych Przystępujących, w tym także przywołane postanowienia SIWZ. Przy czym, Izba do kwestii spornych odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów. Przywołując stosowne postanowienia SIWZ, czy też odpowiedzi na pytania lub wskazując określone fragmenty oferty.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie zarzutów sformułowanych przez Odwołującego, Izba z uwagi na uznanie dopuszczalności zaoferowania własnej sprężarki, jak i przyjęcie, że zgodnie z postanowieniem SIWZ gwarantowane parametry obniżenia temperatury spalin dotyczyły wielkości spadku temperatury spalin w katalizatorze, które nie mogły przekroczyć 3 ° C, a nie instalacji SCR - **uznaje za chybiony zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.** Podobnie w **zakresie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp w zakresie wielkości spadku temperatury spalin w katalizatorze.** W zakresie zarzutu zastosowania przez Rafako S.A, w odróżnieniu od Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1518/16 GE Power Sp. z o.o., własnej sprężarki, Izba przywołuje wcześniejszą argumentację przedstawioną w ramach analogicznego zarzutu przy rozpatrywaniu odwołania o sygn. akt: KIO 1510/16. Kwestia odpowiedzi na pytanie 154 jest bez znaczenia dla przedmiotowego zarzutu, gdyż dotyczyła ona kary umownej za przekroczenie zadeklarowanej w ofercie wielkości powietrza i nie miała bezpośredniego przełożenia na kwestie dotyczącą własnej sprężarki. Dodatkowo podnosząc, że Odwołujący sam przyznał podczas rozprawy (okoliczność przyznana, że brak było wyraźnego zakazu w tym zakresie - art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp.). **Odnosnie spadku temperatury spalin w katalizatorze, Izba wskazuje na załącznik nr 1 do umowy /Specyfikacja techniczna dla instalacji SCR kotła nr 9 i nr 10 oraz Elektrofiltru kotła nr 10/ (str. 108 z 180), czy też cz. III SIWZ Umowa (wzór) - pkt 8.3 Gwarantowane parametry techniczne, tabela, poz. 6 (str. 36 z 90). Dodatkowo przywołując definicji instalacji SCR /cz. III SIWZ Umowa (wzór) – str. 8 z 90/.** W konsekwencji brak było podstaw do wzywania do wyjaśnień w zakresie sprężarek, jak i spadku temperatury spalin w katalizatorze. Przy czym, Izba podkreśla, tak jak wcześniej, że generalnie Wykonawca był wzywany do wyjaśnień i jego oferta została gruntownie zbadana przez Zamawiającego i wyjaśniona przez samego Wykonawcę.

67

Odnosnie **zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.**

Oprócz przywołania wcześniejszej argumentacji przedstawionej w ramach analogicznego zarzutu, przy rozpatrywaniu odwołania o sygn. akt: KIO 1510/16, Izba podnosi dodatkowo wobec kwestii ceny za roboty budowlane:

- a) sposób prezentacji w formularzu ofertowym ceny m.in. za roboty budowlane - w żaden sposób nie przekłada się na późniejszą płatność (zał. nr 4 do umowy /Harmonogram Rzeczowo-Finansowy/, zał. nr 5 do umowy /Harmonogram Realizacji Umowy/);
- b) sposób prezentacji w formularzu ofertowym ceny m.in. za roboty budowlane jest związane z odpowiedzialnością inwestora za roboty budowlane. Zamawiający będzie zmuszony wystawić stosowną gwarancję dla wykonawcy za roboty budowlane (pkt 7.4 cz. III SIWZ Umowa (wzór) - (str. 31 - 32 z 90);
- c) wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy – rozliczenia jest uregulowane oddzielnym harmonogramem, który określa w tym zakresie płatność za dany etap wielkością procentową od wartości całego wynagrodzenia ryczałtowego (zał. nr 4 do umowy /Harmonogram Rzeczowo-Finansowy/).

Zasadne jest więc, w ocenie Izby, stanowisko Zamawiającego, że nie mamy do czynienia z ceną rozumianą zgodnie z definicją zawartą w ustawie o cenach albowiem zał. nr 2 do formularza „Oferta” /formularz - Kalkulacja ceny oferty/, a zarazem zał. nr 2 do oferty „Cz. Jawna” - tom I, nie przekłada się na późniejsze rozliczenia.

Dodatkowo, Izba zwraca uwagę na następującą okoliczność – przedmiotowe postępowanie (wszczęte 16.03.2016 r.) toczy się pod rządami poprzednich przepisów Pzp, przed ostatnią nowelizacją. Jest to o tyle istotne, gdyż przeważające było w poprzednim stanie prawnym stanowisko zgodnie z którym: *„Ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna być dokonana w odniesieniu do całości*

ceny zaproponowanej przez wykonawcę (Wyrok SO w Lublinie z 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 2194/05). Oceniając tylko jeden element oferty, zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Nawet gdy kalkulacja jednostkowych elementów odbiega od cen rynkowych, nie oznacza to, że cena całej oferty jest rażąco niska. (...) Twierdzenie, że niektóre pozycje kosztorysowe w ofercie są znacznie zaniżone nie uzasadnia jeszcze tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej i nie stwarza podstaw do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 Pzp (Wyrok KIO z dnia 24.05.2012 r., sygn. akt: KIO 916/12). Twierdzenie, że cena oferty jest rażąco niska musi odnosić się do całkowitej ceny oferty, a nie do jej poszczególnych pozycji" (za wyrokiem KIO z 03.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2011/12). Podobnie adekwatne jest orzeczenie wyrok SO w Poznaniu z 04.06.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08, że: „wstępne badanie przez Zamawiającego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę odbywać się ma, co do

68

zasady, w odniesieniu do całkowitej ceny za przedmiot zamówienia, a nie poszczególnych pozycji, czy składników ceny." Podobnie w wyroku SO w Lublinie z dnia 24.03.2005 r. sygn. akt II Ca 425/04.

To zaś, że rażąco niska może być tylko cena oferty, a nie ceny jednostkowe, czy ceny za część zamówienia, wynika z całości ukształtowanego orzecznictwa Izby opartego na poprzednim brzmieniu – art. 90 ust. 1 Pzp. Wielokrotnie Izba w wydanych orzeczeniach zajmowała w tej sprawie jednoznaczne stanowisko. Przykładowo: wyrok KIO o sygn. akt: KIO 217/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 646/12, KIO 653/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 830/12, KIO 833/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 867/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 930/12, KIO 938/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1351/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1377/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1531/12, wyrok SO w Katowicach z 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08 - za wyrokiem KIO 2011/12, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 99/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 148/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 355/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 364/13, KIO 368/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 654/13, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 737/13, czy też wyrok KIO o sygn. akt: KIO 791/13.

W konkluzji, cenę rażąco niską należy rozpatrywać w odniesieniu do całkowitej ceny za przedmiot zamówienia, a nie jego poszczególnych pozycji, czy też wydzielonych składników ceny. Dodatkowo na potwierdzenie powyższego należy zauważyć, że dopiero ostatnia nowelizacja wprowadziła wprost w art. 90 ust. 1 Pzp, że: „*jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe*” czyli możliwość badania – istotnych części składowych zaoferowanej ceny w kontekście ceny rażąco niskiej. Chociażby z tych względów należy uznać odwołanie za podlegające oddaleniu w zakresie rozpatrywanego zarzutu.

Izba pozostawiła bez rozpoznania sformułowany podczas rozprawy, a nie zawarty w odwołaniu zarzut dotyczący uznania oferty Rafako S.A. za czyn nieuczciwej konkurencji. Izba bowiem nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. (art. 192 ust. 7 Pzp.).

W konsekwencji oddalenia poprzednich zarzutów wskazanych powyżej, oddaleniu podlega również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 1518/16 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

69

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w zw. z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1510/16, sygn. akt: KIO 1518/16 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Wobec stwierdzenia, że Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1510/16, jak i Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1518/16 wnieśli - każdy - wpis od odwołania w wysokości 20 000 zł, Izba nakazuje ponadto zwrot nadpłaconej wielkości wpisu od odwołania każdorazowo w wysokości 5 000 zł.

Przewodniczący:

.....

Członek:

.....

.....