

WYROK

z dnia 27 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 i 24 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Energika M. S. Z S. Sp. j., ul. Kwiatowa 11, Zasutowo, 62-330 Nekla,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej RADPEC S.A., ul. Żelazna 7, 26-612 Radom,

przy udziale wykonawcy SBB ENERGY S.A., ul. Łowicka 1, 45-324 Opole, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Energika M. S. Z S. Sp. j., ul. Kwiatowa 11, Zasutowo, 62-330 Nekla, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Energika M. S. Z S. Sp. j., ul. Kwiatowa 11, Zasutowo, 62-330 Nekla, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego Energika M. S. Z S. Sp. j., ul. Kwiatowa 11, Zasutowo, 62-330 Nekla, na rzecz zamawiającego Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej RADPEC S.A., ul. Żelazna 7, 26-612 Radom, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1356/20

Zamawiający - Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej RADPEC S.A., ul. Żelazna 7, 26-612 Radom, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Wybór Generalnego Wykonawcy na budowę Instalacji Oczyszczania Spalin dla kotłów WR-25 w Ciepłowni Północ i Ciepłowni Południe - projekt pn. Dostosowanie źródeł ciepła do wymagań Konkluzji BAT”, numer referencyjny: 22/2019/MM. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26.07.2019 r., nr 2019/S 143-353313.

Pismem z dnia 12 czerwca 2020 r. zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty wykonawcy Energika M. S. Z. S. Sp. j., ul. Kwiatowa 11, Zasutowo, 62-330 Nekla (dalej: „odwołujący”).

W dniu 19 czerwca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez odrzucenie oferty odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że wykonawca rzekomo nie wykazał zastosowania reaktorów do redukcji zanieczyszczeń kwaśnych typu pneumatycznych/fluidalnych wymaganych w pkt 1.3.1.1 1 1.3.1.4 Części II oraz Części SIWZ (dalej łącznie jako „PFU”), podczas gdy z treści złożonej oferty, jak i udzielonych wyjaśnień jednoznacznie wynika, że rozwiązanie oferowane przez odwołującego zakłada wykorzystanie reaktorów pneumatycznych/ fluidalnych,
- 2)art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w sposób mylący i uniemożliwiający udzielenie wyjaśnień co do wątpliwości zamawiającego, które następnie stanowiły podstawę odrzucenia oferty, a także poprzez wezwanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty poprzez wezwanie do złożenia dodatkowych dokumentów, które nie były wymagane zgodnie z postanowieniami siwz,
- 3)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i bezzasadny wybór oferty SBB, którą należało sklasyfikować na drugim miejscu w rankingu ofert,
- 4)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 5)z ostrożności - art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści jego oferty, tj. opisanego w załączniku do oferty — „Opis techniczno- technologiczny Instalacji Oczyszczania Spalin” (dalej jako „Opis techniczny”) systemu redukcji zanieczyszczeń kwaśnych poprzez jednoznaczne sprecyzowanie wątpliwości zamawiającego i zakresu oczekiwanych wyjaśnień w kontekście podstawy faktycznej dokonanego odrzucenia, tj. w zakresie sposobu funkcjonowania reaktora, którego zastosowanie przyjęto w ofercie oraz w zakresie celu i funkcji zastosowanego bębna wspomagającego.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Zgodnie z pkt. 1.3.1.1 ppkt 5 PFU (str. 42) wymogiem wspólnym instalacji dla obu ciepłowni jest redukcja zanieczyszczeń kwaśnych przy wykorzystaniu metody półsuchej z wykorzystaniem efektywnych reaktorów typu pneumatycznego/fluidalnego (...) Jednocześnie w żadnej innej części dokumentacji przetargowej, czy w późniejszych wyjaśnieniach Zamawiającego nie zawarto dodatkowych wymagań względem rozwiązań technicznych reaktorów. W szczególności w PFU nie zawarto dalszych wymagań dotyczących zastosowania „stabilnego” złoża fluidalnego, nie wykluczono stosowania bębna wspomagającego, jak i nie przewidziano obowiązku wykazania w ofercie (opisania czy zobrazowania w określonej formie), w jaki sposób rozwiązanie to zostało zastosowane przez wykonawcę. (...) wykonawcy powinni byli załączyć schemat konfiguracji instalacji oczyszczania spalin (tabeli 1 w pkt 2 Opisu technicznego). Wykonawcy nie zostali natomiast zobowiązani do złożenia innych załączników, w tym np. opisu działania reaktora. (...)”

Zamawiający w dniu 24 stycznia br. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, (...) Odwołujący złożył kategoryczne i niebudzące wątpliwości oświadczenie, że jego oferta zakłada zastosowanie reaktorów zgodnych z wymogami PFU. (...)”

Kolejno, w pkt III pisma z dnia 25 lutego br., Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w następującym zakresie: „Dla potwierdzenia, że złożona oferta odpowiada wymaganiom SIWZ, niezbędne jest jednoznaczne wyjaśnienie czy w proponowanym przez Państwa reaktorze znajduje się stabilne złoże fluidalne oraz

gdzie jest ono zlokalizowane. Prosimy o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie oraz przekazanie opisu technicznego działania reaktora". (...) Odwołujący w złożonej odpowiedzi ponownie potwierdził, że przewiduje zastosowanie rozwiązań zgodnych z SIWZ i jednocześnie zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, w której części SIWZ sformułowano wymagania odnośnie zastosowania „stabilnego” złoża fluidalnego. Odwołujący wyszedł bowiem z założenia, że udzielona odpowiedź powinna korespondować z wymaganiami technicznymi zawartymi w PFU. Jednocześnie dla Odwołującego nie było jasne, co Zamawiający rozumie przez stabilne złoże fluidalne”, które to pojęcie nie występuje w powszechnie dostępnych publikacjach naukowych, jak i w praktyce realizacji i funkcjonowania instalacji oczyszczania spalin przy wykorzystaniu reaktorów pneumatycznych/fluidalnych. (...)

W dniu 23 marca br. Zamawiający ogłosił wyniki Postępowania, wskazując jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego lakoniczne uzasadnienie dotyczące niezgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie zastosowanych reaktorów. Czynność ta została zaskarżona przez Odwołującego i w wyniku wniesionego odwołania, Izba w wyroku z dnia 8 czerwca br., sygn. akt KIO 716/20, nakazała Zamawiającemu „unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego, a w ramach powtórzonych czynności podanie pełnego uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego co najmniej na takim poziomie szczegółowości, jak w odpowiedzi na odwołanie z 8 czerwca br., w szczególności ze wskazaniem, że odwołujący nie wskazał, czy w proponowanym przez niego reaktorze znajdujące się stabilne złoże fluidalne, gdzie jest ono zlokalizowane, a także nie przekazał opisu technicznego działania reaktora, który należy uznać za reaktor typu mechanicznego”.

Następnie Zamawiający w dniu 12 czerwca br. ponownie ogłosił wybór oferty SBB wskazując tym razem, że odrzucenie oferty Odwołującego uzasadnione jest rzekomym zastosowaniem reaktora mechanicznego, a zatem reaktora niebędącego reaktorem pneumatycznym/fluidalnym, co wynika przede wszystkim z zastosowania bębna kondycjonującego i co zdaniem Zamawiającego wyklucza wystąpienie zjawiska fluidyzacji polegającej na wymieszaniu spalin z sorbentem w celu oczyszczenia spalin. W konsekwencji Zamawiający z niezrozumiałych przyczyn i wbrew przepisom PZP uznał ofertę za niezgodną z treścią SIWZ. (...)

Co istotne, Zamawiający nie przedstawił definicji reaktorów, ani w żaden sposób nie doprecyzował ich cech. Sformułowanie „reaktor pneumatyczny/fluidalny” jest na tyle szerokie, że swoim zakresem obejmuje wiele różnych rozwiązań, do których zalicza się też innowacyjne rozwiązanie Odwołującego. Jednocześnie brak wykluczenia w SIWZ wykorzystania bębna umożliwiał wykonawcom jego zastosowanie — pod warunkiem, że samo działanie reaktora będzie polegało na zjawisku fluidyzacji, co właśnie ma miejsce w przypadku rozwiązania oferowanego przez Odwołującego. (...)

Podsumowując, oferta Odwołującego nie zawiera niezgodności z SIWZ wskazywanych przez Zamawiającego i w konsekwencji nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. (...)

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający powołał się na rzekomo lakoniczne i ograniczone wyjaśnienia Odwołującego. Podkreślić zatem należy, że na pytanie dotyczące zastosowania reaktorów pneumatycznych/fluidalnych Odwołujący odpowiedział w sposób jednoznacznie potwierdzający zgodność oferty z SIWZ. (...) Natomiast treść drugiego z zadanych pytań została zredagowana w sposób na tyle niejasny, że Odwołujący miał istotne i uzasadnione wątpliwości co do kwestii, którą Zamawiający zamierzał wyjaśnić. (...) Jak już zauważono w pkt 2.7 powyżej, pojęcie stabilne złoże fluidalne obiektywnie nie występuje w żadnym z reaktorów fluidalnych lub pneumatycznych. Złoże fluidalne powstaje w trakcie pracy reaktora i przestaje istnieć w chwili jego unieruchomienia. (...)

W konsekwencji drugie z zadanych pytań w żadnym wypadku nie zmierzało do wyjaśnienia charakteru zastosowanego reaktora, bowiem nie identyfikowało problemu, który następnie stanowił podstawę dla odrzucenia oferty Odwołującego, tj. przypuszczeń co do zastosowania reaktora mechanicznego.

Zamawiający powinien był bowiem zapytać o te kwestie, które — jak następnie wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty — w jego ocenie wskazywały na niezgodność rozwiązania Odwołującego z treścią SIWZ. Przykładowo, zasadne było zapytanie o przyczynę zastosowania bębna lub o zasady fluidyzacji w oferowanym reaktorze. Już nawet pytanie o występowanie złoża fluidalnego (bez użycia mylącego przymiotnika „stabilne”) nakierowałoby Odwołującego na istotę wątpliwości Zamawiającego, które wynikały z niezrozumienia zasad funkcjonowania oferowanego reaktora. (...)

Tym samym kwestia, która ostatecznie wskazana została przez Zamawiającego w uzasadnieniu jako stanowiąca o rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, w ogóle nie była z Odwołującym wyjaśniana. W konsekwencji Zamawiający naruszył obowiązek wynikający z art. 87 ust 1 PZP oraz zasadę tzw. dobrej administracji

podkreślaną w unijnym orzecznictwie, która nakazuje, aby w przypadku wątpliwości co do treści oferty zamawiający w pierwszej kolejności wykorzystał swoje uprawnienie do żądania wyjaśnień od wykonawców.

Również bezpodstawne było wymaganie złożenia opisu technicznego działania reaktora, skoro żadne z postanowień SIWZ nie przewidywało obowiązku przedstawienia tego rodzaju dokumentu, szczególnie, że wszystkie istotne elementy oferowanego reaktora, pozwalające ustalić jego rodzaj, wynikały już z załączonych do oferty schematów. Istotne zastrzeżenia budzi też termin na złożenie takiego dokumentu, wynoszący niespełna trzy dni od otrzymania wezwania przez Odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty SBB jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) ponownego badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego. Część odwołania została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 25 czerwca 2020 r. wykonawca SBB ENERGY S.A., ul. Łowicka 1, 45-324 Opole (dalej „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Przystępujący złożył także w dniu 16.07.2020 r. pismo procesowe, w którym przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 17 lipca 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że odwołujący nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą, co oznacza, wg zamawiającego, że odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania, zamawiający wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 24 lipca 2020 r. zamawiający przedstawił dodatkową argumentację co do podstaw oddalenia odwołania.

Pismem z dnia 20.07.2020 r. odwołujący przedstawił swoje dodatkowe stanowisko w sprawie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wybór Generalnego Wykonawcy na zabudowę Instalacji Oczyszczania Spalin dla kotłów WR-25 w Ciepłowni Północ i Ciepłowni Południe - projekt pn. Dostosowanie źródeł ciepła do wymagań Konkluzji BAT. Zamówienie obejmuje przekazanie „pod klucz” Instalacji Oczyszczania Spalin wraz z uzyskanymi przez wykonawcę decyzjami administracyjnymi, zezwoleniami i certyfikatami.

W pkt 1.1.3.1. ppkt 5 PFU zamawiający wskazał, że do redukcji zanieczyszczeń kwaśnych wymaga zastosowania metody pól suchej z wykorzystaniem efektywnych reaktorów typu fluidalnego/pneumatycznego.

Zamawiający wskazał, że ofertę stanowi: Formularz Cenowy, Formularz Kosztów Eksploatacji, Opis techniczno-technologiczny Instalacji Oczyszczania Spalin sporządzony zgodnie z zestawem wymaganych informacji określonych w załączniku nr 1A oraz Wykaz Parametrów Gwarantowanych sporządzony w oparciu o formularz określony w załączniku nr 1B. Do oferty wykonawcy mieli też załączyć harmonogramy.

Odwołujący zastrzegł treść Opisu techniczno-technologicznego Instalacji Oczyszczania Spalin jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 24.01.2020 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień: „W toku postępowania przetargowego Zamawiający wskazał, iż wymaga zastosowania reaktora do usuwania zanieczyszczeń kwaśnych typu pneumatycznego/fluidalnego. Prosimy zatem o informację czy zaproponowany przez Wykonawcę typ reaktora do redukcji zanieczyszczeń kwaśnych jest reaktorem pneumatycznym/fluidalnym?”

Pismem z dnia 30.01.2020 r. odwołujący odpowiedział, że: „Potwierdzamy że zaoferowana technologia spełnia

wymagania postępowania przetargowego i będzie zgodna z wymaganiami SIWZ. Zaproponowany reaktor do redukcji zanieczyszczeń kwaśnych jest reaktorem pneumatycznym/fluidalnym”.

Pismem z dnia 25.02.2020 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie: „Dla potwierdzenia, że złożona oferta odpowiada wymaganiom SIWZ, niezbędne jest jednoznaczne wyjaśnienie czy w proponowanym przez Państwa reaktorze znajduje się stabilne złoże fluidalne oraz gdzie jest ono zlokalizowane. Prosimy o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie oraz przekazanie opisu technicznego działania reaktora”.

Pismem z dnia 28.02.2020 r. odwołujący odpowiedział, że: „Potwierdzamy, że złożona oferta odpowiada wymaganiom SIWZ. Potwierdzamy, że zaoferowane instalacje oczyszczania spalin dla Ciepłowni Północ i Południe będą wyposażone w reaktory fluidalne/pneumatyczne co jest zgodne z wymaganiami SIWZ oraz odpowiedzią na pytanie nr 33 zawartą w odpowiedziach Zamawiającego na pytania Wykonawców z dnia 16-10-2019 pismo nr MM/2232/3743/2019. [odwołujący przytoczył treść pytania nr 33 i odpowiedzi - przyp. KIO] Jednocześnie prosimy o wskazanie, w którym miejscu w SIWZ dla postępowania przetargowego nr 22/2019/MM jest zawarty wymóg, że w reaktorze ma się znajdować „stabilne złoże fluidalne”?”

Pismem z dnia 12 czerwca 2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego zamawiający wskazał:

„Przyczyną odrzucenia oferty wykonawcy Energika M. S., Z. S. Sp. Jawna (...) był brak wykazania przez ww. wykonawcę zastosowania w systemie do redukcji zanieczyszczeń kwaśnych (SO₂, HCl, HF) reaktorów fluidalnych/pneumatycznych, których zastosowania Zamawiający wymagał (...) Zamawiający wskazuje, że w Części II SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy (...) w pkt 1.3.1.1. Zamawiający określił podstawowe dane dotyczące wymaganych rozwiązań technologicznych w ramach Instalacji Oczyszczania Spalin w zakresie redukcji zanieczyszczeń kwaśnych (w tym SO₂, HCl, HF) — „Metoda pól sucha, z wykorzystaniem efektywnych reaktorów (typu fluidalnego / pneumatycznego) (nie dopuszczalne jest stosowanie metody mokrej, tj. technologii generujących emisję ścieków technologicznych z procesów oczyszczania spalin)” oraz w pkt 1.3.1.4 ww. dokumentów określającym wymagania szczegółowe dla systemu redukcji zanieczyszczeń kwaśnych (w tym SO₂, HCl, HF) „Podawanie sorbentu powinno być prowadzone w sposób automatyczny, poprzez dozowanie Ca(OH)₂ do efektywnego reaktora (typu pneumatycznego / fluidalnego) — nie dopuszczalne jest stosowanie rozwiązań, w których wtrysk reagenta prowadzony byłby bezpośrednio do kanału spalin”. Jednocześnie, Zamawiający w wyjaśnieniach udzielanych w odpowiedzi na zapytania wykonawców w przedmiocie wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wskazał, że nie dopuszcza zmian treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w tym zakresie, tj. Zamawiający nie dopuszcza zastosowania innego typu reaktorów do redukcji zanieczyszczeń kwaśnych.

Wykonawca Energika M. S., Z. S. Sp. Jawna (...) w złożonej ofercie, tj. w załączniku nr 1 do oferty „Opis technicznotechnologiczny Instalacji Oczyszczania Spalin” (sporządzonym na formularzu stanowiącym Załącznik nr 1A do IDW) nie wykazał, że proponowane reaktory do redukcji zanieczyszczeń kwaśnych (w tym SO₂, HCl, HF) jakie Wykonawca zastosuje w Instalacji Oczyszczania Spalin w Ciepłowni Północ oraz w Ciepłowni Południe będą reaktorami fluidalnymi/pneumatycznymi.

Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień (wezwanie nr MM/2232/273/2020 z dnia 24.01.2020 r. oraz wezwanie nr MM/2232/600/2020 r. z dnia 25.02.2020 r.) w wyznaczonym terminie. W złożonych wyjaśnieniach i uzupełnieniach wykonawca ograniczył się jedynie do oświadczenia, iż zastosuje reaktory fluidalne/pneumatyczne, a także, że jego oferta spełnia wymagania SIWZ w tym zakresie, (pomijając przy tym odpowiedź na dalszą część wezwania wystosowanego przez zamawiającego). Wykonawca nie wskazał czy w proponowanym przez niego reaktorze znajduje się stabilne złoże fluidalne oraz gdzie jest ono zlokalizowane, a także nie przekazał opisu technicznego działania reaktora.

Zamawiający wskazuje, że z przedstawionego przez wykonawcę w ofercie opisu techniczno-technologicznego w zakresie budowy i działania systemu redukcji emisji zanieczyszczeń kwaśnych (SO₂, HCl, HF) (Załącznik nr 1 do oferty „Opis techniczno- technologiczny Instalacji Oczyszczania Spalin”) wynika, że wskazane w ofercie reaktory do redukcji

emisji zanieczyszczeń kwaśnych nie posiadają cech, które pozwalałyby zakwalifikować je do reaktorów fluidalnych/pneumatycznych. Z treści ww. załącznika nr 1 oraz przedstawionego przez wykonawcę schematu wynika, iż wykonawca (uwzględniając dwa zasadniczo stosowane typy reaktorów odsiarczania metodą pól suchą) oferuje Zamawiającemu reaktory typu mechanicznego, a zatem innego typu niż reaktory fluidalne/pneumatyczne, co jest niezgodne z warunkami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (tj. pkt 1.3.1.1 oraz 1.3.1.4 Części II SIWZ oraz Części III SIWZ).

Typowymi reaktorami stosowanymi w instalacjach odsiarczania metodą pól suchą są:

- a) reaktory mechaniczne,
- b) reaktory fluidalne (u niektórych producentów nazywane pneumatycznymi).

Reaktor, którego działanie oparte jest na zjawisku fluidyzacji ma kilka znaczących cech:

- sorbent wdmuchiwany jest do spalin przeciwnieprądowo (spaliny są podawane do reaktora od dołu),
- reaktor posiada w swoim przekroju dyszę, gdzie zmiana prędkości przepływu spalin umożliwia wytworzenie się złoża fluidalnego,
- do reaktora podawana jest woda dla zwiększenia reaktywności.

W rozwiązaniu z reaktorem działającym w oparciu o złożo fluidalne spaliny do reaktora podawane są w jego dolnej części i płyną pionowo do góry. W rejonie zastosowanego stożka w reaktorze podawany jest sorbent, który cyrkuluje w podawanych od dołu spalinach. W ten sposób zrealizowana jest w tym rozwiązaniu zasada fluidyzacji, zgodna z powszechną techniczną definicją tego procesu. Nazwa - reaktor fluidalny/pneumatyczny — determinuje zatem ściśle warunki przepływowe wewnątrz reaktora i także określony sposób podawania spalin oczyszczanych i sorbentu, aby zapewnić występowanie w reaktorze złoża fluidalnego (warstwa sorbentu w spalinach). W pewnym zakresie prędkości strugi płynu, zależnym od rozmiarów cząstek i stosunku gęstości fazy rozproszonej i ciągłej, złożo fluidalne znajduje się w stanie quasi — stabilnym.

Zasadnicza różnica między reaktorem mechanicznym i fluidalnym/pneumatycznym jest związana z rozwiązaniem technicznym - konfiguracją samego reaktora oraz miejscem, gdzie zachodzi zasadniczy proces odsiarczania. W przypadku wymaganego SIWZ-em reaktora reakcje zachodzą w objętości złoża fluidalnego występującego w reaktorze, natomiast w reaktorach typu mechanicznego - w strumieniu przepływającej mieszaniny za bębniem kondycjonującym i w urządzeniu filtrującym.

Dalsza część uzasadnienia odrzucenia oferty Energika M. S., Z. S. Sp. Jawna zawiera informacje stanowiące zastrzeżoną przez ww. wykonawcę tajemnicę przedsiębiorstwa i została udostępniona wyłącznie ww. wykonawcy.

W związku z powyższym, Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Energika M. S., Z. S. Sp. Jawna (...) w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. (...).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

W szczególności odnosząc się do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania, należy wskazać, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp: Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Po pierwsze zatem, należy zauważyć, że ewentualny brak interesu, nie stanowi podstawy odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ale stanowi podstawę do oddalenia odwołania. Jak słusznie wskazano w wyroku o sygn. akt KIO 21/18: „przesłanka dotycząca interesu w uzyskaniu zamówienia ma charakter

materialnoprawny i podlega badaniu na rozprawie. Jej spełnienie stanowi podstawę do dalszej, merytorycznej oceny zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia może prowadzić do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia bez merytorycznego rozpoznania zarzutów". Zatem ewentualny brak interesu nie może być podstawą odrzucenia odwołania.

Po drugie, w przedmiotowej sprawie zamawiający wywodzi brak interesu po stronie odwołującego z faktu nieprzedłużenia samodzielnie terminu związania ofertą. W ocenie Izby powyższe okoliczności nie wyłączają prawa i obowiązku zamawiającego do wybrania oferty wykonawcy, który nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą i do zawarcia z nim umowy, jeżeli jego oferta jest najkorzystniejsza. Brak samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą nie jest bowiem podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp (zamawiający zresztą nie odrzucił oferty odwołującego na tej podstawie), a co za tym idzie - oferta taka podlega ocenie i może być uznana za najkorzystniejszą. Tym samym czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia, co oznacza, że ma on interes i poniesie szkodę, jeżeli tego zamówienia nie uzyska. W konsekwencji Izba stwierdziła, że po stronie odwołującego spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

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

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, w pierwszej kolejności należy poddać analizie kwestię wyzywania odwołującego do wyjaśnień i jego odpowiedzi.

Pierwsze wezwanie zamawiającego z dnia 24.01.2020 r. ograniczało się do zadania odwołującemu pytania, czy zaoferowany reaktor jest reaktorem fluidalnym. Na tak zadane pytanie, odwołujący odpowiedział twierdząco. W ocenie Izby, w świetle treści zadanego pytania (nie zawierającej prośby o jakiejkolwiek dodatkowe wyjaśnienia sposobu działania reaktora), udzielona odpowiedź była całkowicie wystarczająca.

Drugie wezwanie zamawiającego z dnia 25.02.2020 r. zawierało już jednak konkretną prośbę o jednoznaczne wyjaśnienie, czy w proponowanym reaktorze znajduje się stabilne złożo fluidalne i gdzie się ono znajduje oraz o przekazanie opisu technicznego działania reaktora. Na tak zadane pytanie odwołujący odpowiedział w ten sposób, że ponownie złożył oświadczenie o zgodności oferowanego reaktora z siwz oraz zapytał: „w którym miejscu w SIWZ dla postępowania przetargowego nr 22/2019/MM jest zawarty wymóg, że w reaktorze ma się znajdować stabilne złożo fluidalne”? Odwołujący nie dołączył też opisu reaktora.

Odnosząc się do powyższego, po pierwsze, należy zauważyć, że immanentną cechą reaktora fluidalnego jest to, że działa on poprzez złożo fluidalne, w którym cząstki unoszą się w gazie. Oznacza to, że odniesienie się w wezwaniu do złoża fluidalnego i jego lokalizacji wystarczająco wskazywało wykonawcy, co stanowi dla zamawiającego problem w ocenie zgodności reaktora z siwz. Z wezwania jasno bowiem wynikało, że w złożonym opisie techniczno-technologicznym zamawiający nie znalazł informacji o zastosowaniu złoża fluidalnego i jego lokalizacji, dlatego prosi o wyjaśnienia. Tym samym, w ocenie Izby, nie można uznać wezwania za zbyt mało szczegółowe i niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Po drugie, nie można zgodzić się z argumentem odwołującego, zgodnie z którym jego odpowiedź podyktowana była tym, że nie rozumiał sformułowania „stabilne złożo fluidalne”. Jeżeli odwołujący nie rozumiał tego sformułowania, to powinien był zwrócić się do zamawiającego o jego wyjaśnienie. Odwołujący natomiast zapytał, gdzie w siwz znajduje się wymóg zastosowania takiego złoża, która to odpowiedź wskazuje raczej na to, że odwołujący rozumiał ww. sformułowanie, ale podważał prawo zamawiającego do wymagania reaktora z takim złożem, gdyż wymóg ten nie został

wyartykułowany w siwz. Z udzielonej przez odwołującego odpowiedzi nie wynika zatem niezrozumienie zastosowanego przez zamawiającego sformułowania, ale kwestionowanie wymogu zastosowania stabilnego złoża fluidalnego.

Po trzecie, nie można także zgodzić się z odwołującym, że wprowadziło go w błąd użycie przez zamawiającego w ww. wezwaniu sformułowania „stabilne złoże fluidalne”, a następnie w uzasadnieniu odrzucenia oferty - sformułowania „quasi stabilne złoże fluidalne”. Należy zauważyć, że w dniu otrzymania ww. wezwania do wyjaśnień odwołujący nie wiedział jeszcze, że jego oferta zostanie odrzucona i nie znał treści uzasadnienia odrzucenia, zatem późniejsze użycie przez zamawiającego sformułowania „quasi stabilne” na etapie udzielania odpowiedzi na ww. wezwanie nie mogło mieć żadnego znaczenia.

Po czwarte, nie można zgodzić się z odwołującym, że w ww. wezwaniu zamawiający zażądał złożenia nowego dokumentu, niewymaganego w siwz, tj. opisu technicznego działania reaktora. Należy zauważyć, że w siwz zamawiający wymagał przedłożenia opisu techniczno-technologicznego, w którego wzorze na początku znajdowała się treść: „W załączeniu przedstawiamy Opis techniczno - technologiczny Instalacji Oczyszczania Spalin - tj. ofertę Wykonawcy, opisującą oferowane przez nas rozwiązania techniczne (...), w sposób umożliwiający Zamawiającemu ocenę zgodności zaproponowanego rozwiązania z wymaganiami przedstawionymi w SIWZ, w tym w szczególności z wymaganiami Załącznika nr 1a do Umowy - Program Funkcjonalno - Użytkowy (...)”. Pkt 4 tabeli, w której miał być zawarty opis, dotyczył systemu redukcji emisji zanieczyszczeń kwaśnych (SO₂, HCl, HF), czyli właśnie m.in. reaktora. Z powyższego wynika, że w ww. dokumencie wykonawca zobowiązywał się do przedstawienia takiego opisu zastosowanych rozwiązań technicznych, które umożliwią zamawiającemu dokonanie oceny ich zgodności z siwz. Abstrahując od kwestii, czy w ogóle zamawiający uprawniony był do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w celu umożliwienia odwołującemu uzupełnienia ww. opisu, który zgodnie z pkt XII.7. siwz stanowił część oferty (z oczywistych względów kwestia ta nie jest przedmiotem zarzutów odwołania), przede wszystkim należy zauważyć, że skoro opis działania reaktora był przewidziany w pkt 4 tabeli zawartej w opisie techniczno-technologicznym, to wezwanie o przedstawienie tego opisu nie dotyczyło żadnego nowego dokumentu, tylko dokumentu od początku wymaganego w siwz.

Stan faktyczny jest więc taki, że odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień, których nie udzielił, jak też nie dołączył do nich opisu działania reaktora, który od początku był wymagany w siwz jako opis umożliwiający ocenę zgodności rozwiązań technicznych z siwz. Odwołujący w żaden sposób nie dał też do zrozumienia, że nie rozumie pytania zamawiającego i nie zwrócił się o jego doprecyzowanie.

W tym miejscu należy wskazać, że udzielenie wyjaśnień i uzupełnienie dokumentów (abstrahując od tego, czy uzupełnienie było dopuszczalne w tym przypadku) pozwala wykonawcy wykazać, że spełnia warunki lub wymagania zawarte w siwz. Tym samym w interesie wykonawcy leży wyjaśnienie z zamawiającym wzajemnych wątpliwości (także wątpliwości wykonawcy np. co do zadanego pytania) i udzielanie kompletnych i szczegółowych odpowiedzi, natomiast nie jest właściwym rozwiązaniem zdawkowe zanegowanie wymagań. Pamiętać bowiem należy, że nie jest obowiązkiem zamawiającego pytać wykonawcę „bez końca”, zatem w zależności od konkretnych okoliczności faktycznych, brak udzielenia wyjaśnień może być uznany za brak wykazania spełniania określonych warunków podmiotowych, czy wymagań przedmiotowych.

W niniejszej sprawie odwołujący w żaden sposób nie wyartykułował w swojej odpowiedzi, że nie rozumie sformułowania „stabilne złoże fluidalne”, natomiast ograniczając się do zanegowania określonego wymogu doprowadził do tego, że w istocie nie udzielił żądanych wyjaśnień, w tym nie przedstawił żadanego opisu działania reaktora. Tym samym odwołujący nie wykazał, że oferowany przez niego reaktor działa za pomocą jakiegokolwiek złoża fluidalnego i że w efekcie jest reaktorem fluidalnym, czyli zgodnym z siwz. Już ten fakt uprawniał zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, Izba odniesie się także do kwestii tego, czy w świetle argumentacji i dowodów złożonych na rozprawie, oferowany reaktor może być uznany za reaktor fluidalny. Budowa i sposób działania zaoferowanego przez odwołującego reaktora zostały zarówno w ofercie, jak i w odwołaniu, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, dlatego też argumentacja w tym zakresie zostanie przedstawiona w taki sposób, aby nie ujawnić ww. tajemnicy.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie jest sporne pomiędzy stronami, że warunkiem działania reaktora fluidalnego jest m.in. to, że zachodzi w nim proces fluidyzacji. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty (czego odwołujący nie kwestionował), że reaktor, którego działanie oparte jest na zjawisku fluidyzacji ma kilka znaczących cech:

- sorbent wdmuchiwany jest do spalin przeciwnieprądowo (spaliny są podawane do reaktora od dołu),
- reaktor posiada w swoim przekroju dyszę, gdzie zmiana prędkości przepływu spalin umożliwia wytworzenie się złoża fluidalnego,
- do reaktora podawana jest woda dla zwiększenia reaktywności.

Po pierwsze, należy zauważyć, że w ofercie w pkt 4 tabeli w opisie techniczno-technologicznym, odwołujący nie wskazał, w jaki sposób i w którym miejscu zachodzić będzie w oferowanym przez niego reaktorze proces fluidyzacji. Powyższe nie wynika także ze schematu zamieszczonego przy tym opisie. Nie jest przy tym zasadny argument odwołującego, zgodnie z którym zamawiający nie przewidział w ofercie specjalnego miejsca na opisanie złoża fluidalnego, dlatego wykonawcy nie mieli obowiązku dokonania tego opisu. Takim „specjalnym” miejsce był przecież pkt 4 tabeli w opisie techniczno-technologicznym. Skoro bowiem fluidyzacja jest jedną z podstawowych cech reaktora fluidalnego, to oczywiste jest, że powinna zostać opisana w opisie reaktora w celu umożliwienia zamawiającemu dokonania oceny zgodności zastosowanych rozwiązań technicznych z siwz. Brak opisanie fluidyzacji w ofercie oznacza, że treść oferty nie potwierdza zaoferowania reaktora zgodnego z siwz. Jak wskazano powyżej, już sam ten fakt w połączeniu z brakiem udzielenia wyjaśnień, stanowił podstawę do odrzucenia oferty odwołującego.

Po drugie, w uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazał jako cechę reaktora fluidalnego to, że sorbent wdmuchiwany jest do spalin przeciwnieprądowo (spaliny są podawane do reaktora od dołu). Udowadniając spełnienie tego wymogu odwołujący zmienił go jednak w odwołaniu na: „sorbent (tj. substancja absorbująca spaliny) wdmuchiwany jest do spalin osobnymi kanałami”. Tym samym dalsza argumentacja odwołującego zawarta w odwołaniu nie odnosi się do istoty zarzutu, który został postawiony w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Dodatkowo schemat zamieszczony w pkt 4 tabeli w opisie techniczno-technologicznym w ofercie również nie potwierdza możliwości spełnienia tego wymogu.

Po trzecie, w uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazał jako cechę reaktora fluidalnego to, że reaktor posiada w swoim przekroju dyszę, gdzie zmiana prędkości przepływu spalin umożliwia wytworzenie się złoża fluidalnego. Należy zauważyć, że na schemacie zamieszczonym w pkt 4 tabeli w opisie techniczno-technologicznym ww. dysza (przewężenie), zapewniająca różnicę ciśnień niezbędną do powstania złoża fluidalnego, nie jest widoczna. Przewężenie jest natomiast widoczne na rysunku zamieszczonym w odwołaniu, ale do oceny zgodności oferty z siwz uwzględnia się treść oferty, a nie treść odwołania.

Po czwarte, odwołujący podnosi argumenty, zgodnie z którymi zastosowanie bębna kondycjonującego nie wpływa na fakt zaoferowania reaktora fluidalnego. Przede wszystkim zauważyć należy, że odwołujący nazywa w ofercie ww. bęben kondycjonującym, a w odwołaniu - wspomagającym. Dodatkowo w odwołaniu odwołujący twierdzi, że bęben ten jedynie wspomaga pracę reaktora poprzez określone działanie. Jednakże w ofercie, w pkt 4 tabeli w opisie techniczno-technologicznym na str. 5 podana jest inna funkcja tego bębna. Tym samym ponownie, treść oferty złożonej przez odwołującego i argumentacja podnoszona w postępowaniu odwoławczym nie są ze sobą spójne. Ponadto, niezależnie od nazwy i roli bębna w oferowanym reaktorze, istotną problemem jest przede wszystkim niewykazanie działania tego reaktora w oparciu o proces fluidyzacji.

Po piąte, należy zauważyć, że złożone przez odwołującego prywatne opinie ekspertów nie odnoszą się do tego reaktora, który zaoferował odwołujący. Jak słusznie zauważył zamawiający: opinia AGH odnosi się do innej funkcji bębna niż wskazana w ofercie i w odwołaniu, również opinia Politechniki Poznańskiej odnosi się do innej funkcji bębna niż wskazana w ofercie. Ponadto na rysunkach w opiniach Politechniki Poznańskiej i Instytutu Techniki Ciepłej Politechniki Warszawskiej widać przewężenie, którego nie widać na schemacie w ofercie odwołującego, zatem opinie te odnoszą się do rysunków reaktora zamieszczonych w odwołaniu, a nie w ofercie. Oznacza to, że opinie te nie dowodzą zgodności tego reaktora, który został wskazany w ofercie, z siwz.

W konsekwencji, argumentacja i dowody złożone przez odwołującego w postępowaniu odwoławczym nie potwierdzają zgodności jego oferty z siwz.

W tym miejscu należy też podkreślić, że nawet jeśli odwołujący oferuje innowacyjny reaktor, który działa w inny sposób, niż znane zamawiającemu rozwiązania w reaktorach fluidalnych, to taka informacja powinna znaleźć się od razu w treści oferty. Pomijając już kwestię, czy takie innowacyjne rozwiązanie mogłoby zostać uznane za zgodne z siwz w świetle wymogu zastosowania konkretnie reaktora fluidalnego, a nie żadnego innego, to przede wszystkim należy stwierdzić, że powoływanie się na zaoferowanie rozwiązania innowacyjnego dopiero po ujawnieniu przez zamawiającego wątpliwości co do niezgodności oferty z siwz (w tym wypadku nawet dopiero na etapie postępowania odwoławczego), ma charakter dążenia przez wykonawcę do zmiany swojej oferty po to, by mogła zostać uznana, wbrew swej pierwotnej treści, za zgodną z siwz. Takie zachowania wykonawców są nie tylko niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakazującym zmiany treści oferty, ale także - w przypadku uznania tego typu argumentów przez danych zamawiających - prowadziłyby do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zaburzałyby uczciwą konkurencję w stosunku do innych wykonawców ubiegających się o zamówienie i naruszałyby przejrzystość prowadzenia postępowania.

Reasumując, treść oferty odwołującego nie potwierdza spełnienia wymogu zaoferowania reaktora fluidalnego, odwołujący nie udzielił zamawiającemu wyjaśnień w tym zakresie, a przedstawione w postępowaniu odwoławczym argumenty i dowody nie są wystarczające i częściowo są niespójne z treścią oferty, zatem ich przyjęcie mogłoby skutkować jej zmianą.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w odwołaniu. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o powołanie biegłego, gdyż uznała, że materiał dowodowy zgromadzony w przedmiotowej sprawie jest wystarczający do wydania orzeczenia. Przede wszystkim treść oferty odwołującego i brak udzielenia wyjaśnień stanowiły wystarczającą podstawę do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zatem powoływanie w sprawie biegłego nie było niezbędne do wydania orzeczenia. Ponadto nie zachodziła sytuacja, w której dowody przedstawione przez strony w postępowaniu odwoławczym byłyby ze sobą sprzeczne, co wymagałoby zasięgnięcia wiadomości specjalnych w celu ustalenia stanu faktycznego sprawy. Złożone przez odwołującego prywatne opinie ekspertów, jak wskazano powyżej, nie odnosiły się do reaktora wskazanego w ofercie, co wyłączało ich przydatność do oceny zgodności oferty z siwz. Tym samym bez znaczenia pozostawała kwestia ich zgodności lub niezgodności z prywatnymi opiniami ekspertów złożonymi przez zamawiającego i przystępującego. W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw, by uznać powoływanie biegłego za niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy.

W zakresie kosztów Izba postanowiła nie zasądzać od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów wynagrodzenia eksperta z Politechniki Wrocławskiej, który napisał dla zamawiającego dwie opinie. Należy zauważyć, że zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972), uzasadnione koszty stron postępowania obejmują koszty dojazdu na rozprawę i koszty wynagrodzenia pełnomocnika. Przepis zawiera wprawdzie sformułowanie „w szczególności”, co oznacza, że również inne koszty mogą być zasądzone, niemniej jednak należy zauważyć, że charakter ww. kosztów wprost wymienionych przez ustawodawcę wskazuje na ich związek z samym uczestniczeniem w rozprawie, nie zaś na związek z rodzajem strategii procesowej, jaką obierze strona w ramach tego uczestnictwa. Tymczasem to, czy strona w trakcie rozprawy ograniczy się do przedstawienia argumentacji ustnie, czy zdecyduje się na składanie dowodów w postaci przykładowo: opracowań własnych, korespondencji z określonymi podmiotami, kopii określonych dokumentów, zdjęć, czy prywatnych opinii wykonanych za wynagrodzeniem, zależy nie tylko od charakteru postawionych w odwołaniu zarzutów, ale także od strategii procesowej przyjętej przez pełnomocników na rozprawie. W ocenie składu orzekającego, § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia nie odnosi się do tego rodzaju kosztów ponoszonych w związku z przyjętą strategią procesową, dlatego też Izba, mimo „wygranej” zamawiającego, nie zasądziła na jego rzecz kosztów wynagrodzenia eksperta wystawiającego opinie.

O kosztach postępowania orzeczono zatem stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący

