Sygn. akt: KIO 1602/12
KIO 1607/12
KIO 1613/12
KIO 1616/12
KIO 1617/12
KIO 1618/12

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Luiza Łamejko
Sylwester Kuchnio
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 7, 9 oraz 10 sierpnia 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2012 r. przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV (spr. o sygn. KIO 1602/12),
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie (spr. o sygn. KIO 1607/12),
C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (spr. o sygn. KIO 1613/12),

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie (sp. o sygn. KIO 1616/12),
E. Mostostal Warszawa S.A w Warszawie (spr. o sygn. KIO 1617/12),
F. RAFAKO S.A. w Raciborzu (spr. o sygn. KIO 1618/12)

w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV – zgłaszających przystąpienia w sprawach KIO 1607/12, 1613/12, 1616/12, 1617/12, 1618/12 – po stronie zamawiającego;
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie – zgłaszających przystąpienia w sprawach KIO 1602/12, 1616/12, 1617/12, 1618/12 - po stronie odwołującego, oraz w sprawie KIO 1613/12 – po stronie zamawiającego;
C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – zgłaszających przystąpienia w sprawach KIO 1602/12, 1616/12, 1617/12, 1618/12 - po stronie odwołującego, oraz w sprawie KIO 1607/12 – po stronie zamawiającego;
D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie – zgłaszających przystąpienia w sprawach KIO 1602/12, 1607/12, 1613/12, 1617/12, 1618/12 - po stronie zamawiającego;
E. Mostostal Warszawa S.A w Warszawie – zgłaszającego przystąpienia w sprawach

KIO 1602/12, 1616/12 - po stronie odwołującego, oraz w sprawach KIO 1607/12, 1613/12, 1618/12 – po stronie zamawiającego;

F. RAFAKO S.A. w Raciborzu – zgłaszającego przystąpienia w sprawach 1602/12, 1607/12, 1613/12, 1616/12, 1617/12 - po stronie odwołującego

orzeka:

1.

A. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV;

B. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie;

C. uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności odrzucenia oferty złożonej przez unieważnienie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;

D. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie;

E. uwzględnia odwołanie Mostostal Warszawa S.A w Warszawie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV;

F. uwzględnia odwołanie RAFAKO S.A. w Raciborzu i nakazuje: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności oferty złożonej przez RAFAKO S.A. odrzucenia w Raciborzu, dokonanie ponownego i oceny ofert badania z uwzględnieniem oferty złożonej przez RAFAKO S.A. w Raciborzu oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV;

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. zamawiającego - Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie - w zakresie odwołań złożonych przez odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (spr. o sygn. KIO

1613/12), Mostostal Warszawa S.A w Warszawie (spr. o sygn. KIO 1617/12), RAFAKO S.A. w Raciborzu (spr. o sygn. KIO 1618/12),

B. odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV (spr. o sygn. KIO 1602/12), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie (spr. o sygn. KIO 1607/12), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie (spr. o sygn. KIO 1616/12), w zakresie odwołań złożonych przez tych odwołujących,

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w łącznej wysokości 120 000 zł 00 gr (słownie: stu dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczone przez odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV (w spr. o sygn. KIO 1602/12), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie (w spr. o sygn. KIO 1607/12); wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (w spr. o sygn. KIO 1613/12); wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie (w spr. o sygn. KIO 1616/12); Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie (w spr. o sygn. KIO 1617/12), RAFAKO S.A. w Raciborzu (w spr. o sygn. KIO 1618/12), w tym po 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) od każdego z odwołujących;

2) dokonać wpłaty:
   A. kwoty 20 000 zł (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) przez zamawiającego - Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie publicznego Warbud S.A. w VINCI zamówienia Warszawie, Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania (w spr. o sygn. KIO 1613/12);
   B. kwoty 20 000 zł (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) przez zamawiającego - Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie na rzecz - Warszawa S.A w odwołującego Mostostal Warszawie,

stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania (w spr. o sygn. KIO 1617/12);
   C. kwoty 23 600 zł (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) przez zamawiającego - Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Koninie na rzecz odwołującego Rafako SA w Raciborzu, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (w spr. o sygn. KIO 1618/12).

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

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 1602/12
KIO 1607/12
KIO 1613/12
KIO 1616/12
KIO 1617/12
KIO 1618/12

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Budowę Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie w ramach projektu pn: „Uporządkowanie Gospodarki Odpadami na terenie subregionu Konińskiego”* z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 grudnia 2011 r. pod nr 2011/S 239-387201.

W postępowaniu, zostały złożone oferty przez dziesięciu wykonawców:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego S.A. w Plus spółkę z ograniczoną H.Cegielski-Poznań Poznaniu, GROS-POL odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie,
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV,
4. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
5. RAFAKO S.A. w Raciborzu,
6. STRABAG spółkę z. o.o. w Pruszkowie,
7. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Bilfinger Berger Budownictwo S.A. (lider), Valoriza Servicos Medioambientales S.A., JFE Engineering Corporation,

8. Mostostal Warszawa S.A. w warszawie,
9. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Polimex-Mostostal S.A., Fisia Babcock Environment GmbH,
10. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie.

Zamawiający dokonał w dniu 17 lipca 2012 r. wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH, INTROL S.A., ERBUD S.A., jednocześnie odrzucając siedem ofert, złożonych przez:

wspólnie się o 1) wykonawców ubiegających udzielenie zamówienia publicznego S.A. w Plus spółkę z ograniczoną H.Cegielski-Poznań Poznaniu, GROS-POL odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon;

2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;
3) RAFAKO S.A. w Raciborzu,
4) STRABAG spółkę z. o.o. w Pruszkowie,
5) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Bilfinger Berger Budownictwo S.A., Valoriza Servicos Medioambientales S.A., JFE Engineering Corporation,
6) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Polimex-Mostostal S.A., Fisia Babcock Environment GmbH,
7) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie.

Wykonawcy:
1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon,
2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
3) RAFAKO S.A., w Raciborzu,
4) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie

złożyli odwołania na odrzucenie ich ofert, a także zaniechania odrzucenia ofert lub wykluczenia innych wykonawców, zaś wykonawca, którego ofertę uznano za

najkorzystniejszą – na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV, a także zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon na dodatkowej podstawie. Mostostal Warszawa SA w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV zakwestionowali zaniechania przez zamawiającego wykluczenia lub odrzucenia ofert innych konkurencyjnych wykonawców.

Odwołania wymienionych wykonawców zostały połączone do łącznego rozpatrzenia.

Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon cofnęli odwołanie przed otwarciem posiedzenia, w związku z czym postępowanie podlegało umorzeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PODSTAWY DO ODRZUCENIA ODWOŁAŃ

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący do postępowań odwoławczych wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie złożyli wniosek o odrzucenie odwołań złożonych przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV; wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie a także Rafako S.A. w Raciborzu.

Oddalono powyższe wnioski, z następujących powodów:

(1) w zakresie wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie o odrzucenie odwołania

Odwołujący uzasadnił powyższy wniosek treścią pełnomocnictwa z dnia 5 kwietnia 2012 r. dla osoby składającej odwołanie w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV, z którego pkt 4 wynika uprawnienie do wnoszenia środków odwoławczych a nie środków ochrony prawnej w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, ponadto zawarto tam upoważnienie do składania środków odwoławczych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a nie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Nie uwzględniono tak uzasadnionego wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie.

Jakkolwiek z treści wskazanego pełnomocnictwa, istotnie, wynika uprawnienie do wnoszenia środków odwoławczych, nie zaś środków ochrony prawnej, to nie oznacza to jeszcze, że tak sformułowane pełnomocnictwo nie obejmuje całej sfery czynności związanych z postępowaniem odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, od wniesienia odwołania do zakończenia postępowania odwoławczego. Opis zakresu umocowania, poprzez wskazanie, że pełnomocnictwo obejmuje uprawnienie do złożenia środków odwoławczych składanych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie pozostawia wątpliwości, że chodzi o składanie środków ochrony prawnej w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Pełnomocnictwo nie zostało wyłączone spod ogólnych zasad właściwych dla oceny treści czynności prawnych, zgodnie zaś z treścią art. 65 § 1 Kc, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Dostrzeżenia dalej wymaga, że brak odpowiedniego pełnomocnictwa do wniesienia odwołania podlega konwalidacji – zgodnie z treścią art. 187 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 180 ust. 3, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę. Jeżeli natomiast niezachowanie warunków formalnych lub niezłożenie pełnomocnictwa zostanie stwierdzone przez skład orzekający Izby, przepisy ust. 1-6 stosuje się, z tym że kompetencje Prezesa Izby przysługują składowi orzekającemu Izby (art. 187 ust. 7 ustawy).

W analizowanej sprawie z treści złożonych pełnomocnictw wynika wola ustanowienia przez odpowiednich wykonawców pełnomocników do złożenia odwołań. Z tego też względu

niezasadnymi okazały się wnioski wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie o odrzucenie odwołania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV, umotywowane brzmieniem przepisu art. 189 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest wniesieniem odwołania przez podmiot nieuprawniony. Wskazana podstawa prawna odrzucenia odwołania dotyczy sytuacji, gdy odwołanie zostało złożone przez podmiot nie posiadający w danym postępowaniu tytułu do wnoszenia środków ochrony prawnej (np. nie będący wykonawcą w danym postępowaniu), nie mieszczący się w kręgu podmiotów legitymowanych do wniesienia odwołania w tym postępowaniu, albo gdy ostatecznie przesądzone zostanie, że osoba składajaca odwołanie czyni to bez umocowania, a nie sytuacji gdy odwołanie zostało wniesione w imieniu podmiotu posiadającego status wykonawcy w postępowaniu, prawidłowo określonego i niewątpliwie wyposażonego w interes do wnoszenia środków ochrony prawnej,

a jedynie co do którego zachodzi wątpliwość co do interpretacji zakresu umocowania, która to czynność podlega konwalidacji.

W analizowanej sprawie treść pełnomocnictwa do złożenia odwołania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV pozwala na przyjęcie, że upoważnia ono do złożenia odwołania do właściwego organu, jakim jest Prezes Krajowej Izby Odwoławczej. Nieścisłości w treści tego odwołania, w tym opis wskazujący na uprawnienie do składania środków odwoławczych a nie środków ochrony prawnej nie oznaczają, że obejmuje ono inny zakres, w tym że intencją osób udzielających pełnomocnictwa nie było umocowanie wskazanego w jego treści pełnomocnika do złożenia odwołania. Powyższe skutkowało oceną, że wniosek o odrzucenie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV nie zasługuje na uwzględnienie.

(2) w zakresie wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, uzasadnionego niewskazaniem w treści odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV elementów takich jak numer ogłoszenia, czy numer telefonu:

Wniosek wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazywane

elementy odwołania, których nie zawiera odwołanie złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV (numer ogłoszenia, numer telefonu odwołującego) nie są niezbędnymi dla nadania odwołaniu biegu, nie ograniczają w żadnej mierze rozpatrzenia odwołania; mają charakter co do zasady porządkowy, ułatwiający komunikację z odwołującym, identyfikację postępowania, a w żadnej mierze nie wpływają na możliwość rozpatrzenia odwołania.

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Szczegółowo elementy odwołania wymienia przepis § 4 ust. 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.* Przepis art. 187 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala na uzupełnienie lub poprawienie odwołania - jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 180 ust. 3 ustawy, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania, przy czym mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę. Powyższe uprawnienie przysługuje też składowi orzekającemu wyznaczonemu do rozpatrzenia sprawy (art. 187 ust. 7 ustawy).

Sygnalizowane przez przystępującego braki w treści odwołania nie stanowią o niemożności nadania biegu odwołaniu i rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Mają one raczej charakter nieistotnych i pozostających bez żadnego wpływu dla możliwości zidentyfikowania kwestionowanych czynności zamawiającego, stawianych zarzutów, ustosunkowania się przez zamawiającego do wyartykułowanych zastrzeżeń, wreszcie – dla rozstrzygnięcia w przedmiocie postawionych zarzutów.

Tego rodzaju niedoskonałości w treści odwołania nie stanowią podstawy do jego odrzucenia – takiej podstawy nie przewiduje bowiem art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawierający zamknięty katalog przesłanek skutkujących obowiązkiem odrzucenia odwołania. Nie stanowi jej również – wbrew stanowisku przystępującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie § 13 ust. 2 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca*

280). Przepis ten traktuje między innymi o odrzuceniu odwołania jako konsekwencji ustaleń składu orzekającego poczynionych na posiedzeniu niejawnym. Uszło przy tym uwadze przystępującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, że powyższy przepis odnosi się do różnych konsekwencji ustaleń dokonanych na posiedzeniu niejawnych, takich jak zwrot odwołania, jego odrzucenie, w sytuacji gdy nie zachodzi podstawa do wezwania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania (§ 13 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia), skierowania odwołania do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron, świadków lub biegłych (§ 13 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia), czy skierowania odwołania do rozpoznania na rozprawie (§ 13 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia). Te konsekwencje, podstawy ich zastosowania określają zaś inne przepisy – co do odrzucenia odwołania – art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wskazano wcześniej, braki odwołania tego rodzaju jak dostrzeżone przez przystępującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie pozostają bez wpływu dla możliwości nadania biegu odwołaniu – nie wymagają poprawienia lub uzupełnienia, nie skutkują tym bardziej odrzuceniem odwołania. Należy je kwalifikować jako oczywiste niedokładności, nie stanowiące przeszkody do nadania biegu odwołaniu i rozpoznania przez Izbę, o których mowa w art. 187 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów wniosek w powyższym zakresie podlegał oddaleniu.

(3) w zakresie wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie o odrzucenie odwołania Rafako SA w Raciborzu, uzasadnionego złożeniem odwołania przez podmiot nieuprawniony:

Przystępujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie złożył wniosek o odrzucenie odwołania złożonego przez Rafako SA w Raciborzu, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, uzasadniając powyższe faktem, że w treści pełnomocnictwa mającego uprawniać do złożenia odwołania mówi się o składaniu środków odwoławczych w imieniu wykonawcy, co nie jest tożsame ze środkami ochrony prawnej.

W powyższym zakresie, podtrzymując wcześniej wyrażoną argumentację co do braku podstaw do odrzucenia odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV,

podkreślenia wymaga, że opis zakresu umocowania pełnomocnika, wskazujący na prawo wnoszenia środków odwoławczych nie pozostawia wątpliwości, że chodzi o odwołanie składane na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych. Dla opisania zakresu umocowania pełnomocnika nie ma potrzeby dosłownego odzwierciedlania nazewnictwa stosowanego w ustawie, czy też przytaczania podstawy prawnej z niej wynikającej, jeśli tylko zakres czynności pełnomocnika jest w wystarczającym stopniu, czytelnie zaprezentowany. W przedmiotowej sprawie z treści pełnomocnictwa jasno wynika, że chodzi o składanie środków ochrony prawnej od czynności i zaniechań zamawiającego dokonywanych w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z tych względów powyższy wniosek podlegał oddaleniu.

(4) w zakresie wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie o odrzucenie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie, z powodu złożenia po terminie (art. 198 ust. 2 pkt 3 ustawy):

Przystępujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie złożył wniosek o odrzucenie odwołania złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie, jako odwołania złożonego po terminie, wskazując, że odwołanie dotyczy czynności wezwania do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki w ofercie, co miało miejsce 13 czerwca 2012 r., a zatem odwołanie jest złożone po terminie. Nie podzielono tak uzasadnionego wniosku.

Dostrzeżenia wymaga, że skoro z treści wniesionego odwołania wyraźnie wynika jego zakres, w tym przede wszystkim zakwestionowane czynności, określone jako odrzucenie oferty odwołującego, czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, to nie sposób przyjmować, wbrew tak wyrażonej intencji odwołującego, że odwołanie skierowane jest wobec innej, aniżeli wyraźnie w nim wskazana czynności. Okoliczność, że odwołujący uczynił podstawą faktyczną złożonego odwołania czynności dokonane wcześniej przez zamawiającego, to jest fakt poprawienia w dniu 13 czerwca 2012 r. omyłki w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, może wpływać na ocenę zasadności zarzutu, nie zmienia jednak kwalifikacji czynności, którą odwołujący objął swoim odwołaniem. Inną sprawą jest bowiem kwestia ewentualnej zasadności bądź nietrafności podniesionego w odwołaniu zarzutu, inną zaś zakres wniesionego środka ochrony prawnej. Ewentualnej

nietrafności argumentacji nie można bowiem z góry przesądzać, odrzucając wniesiony środek ochrony prawnej, jakim jest odwołanie z przyczyn formalnych. Z tego względu, nie dopatrzono się podstaw do odrzucenia odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy. Fakt dokonania przez zamawiającego czynności, których odwołujący we właściwym (10 – dniowym, w myśl art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy) czasie nie zakwestionował w drodze odwołania skutkuje uznaniem, że powyższe czynności stały się definitywnymi, nie podlegającymi kontroli Krajowej Izby Odwoławczej, co jednak nie oznacza niedopuszczalności kwestionowania dalszych czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, takich jak odrzucenie oferty odwołującego. Ta czynność, zakwestionowana we właściwym czasie może bowiem być poddana kontroli w ramach środka ochrony prawnej. Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie zakwestionowali w ustawowym terminie odrzucenie własnej oferty, co nakazuje uznać złożone odwołanie za nie podlegające odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

(5) w zakresie wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie o odrzucenie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie, z powodu złożenia przez podmiot nieuprawniony (art. 198 ust. 2 pkt 2 ustawy):

Przystępujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie podnieśli, iż odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie podlega odrzuceniu, jako złożone przez podmiot nieuprawniony, bowiem pełnomocnik udzielający dalszego umocowania do złożenia odwołania przez osobę podpisaną na odwołaniu nie posiadał uprawnienia do składania środków ochrony prawnej. Przystępujący wywodzi, iż z pełnomocnictwa zamieszczonego na str. 310 – 313 oferty nie wynika uprawnienie do składania środków ochrony prawnej. Istotnie, z treści tego pełnomocnictwa nie wynika wprost uprawnienie do dokonania tej konkretnej czynności, jaką jest złożenie odwołania w tym konkretnym postępowaniu, jak również do dokonywania czynności określonego rodzaju - składania odwołań w związku z o zamówienia publiczne. jednak że postępowaniami Dostrzeżenia wymaga, udzielone osobie udzielającej dla osoby następnie pełnomocnictwo upoważnienia podpisującej odwołanie ma bardzo szeroki zakres. Obejmuje ono w istocie całokształt działalności operacyjnej, w tym przykładowo, uprawnienie do reprezentacji spółki przed

organami państwowymi, do podpisywania ofert przetargowych, umów do kwoty 105 milionów euro. W oparciu o treść tego pełnomocnictwa uznano, że obejmuje ono sferę działalności wykonawcy, opisaną tak szeroko, że mieści się w niej uprawnienie do dokonywania wszelkich czynności związanych z jego zakresem i działaniem podmiotu wystawiającego to pełnomocnictwo, w tym do składania środków ochrony prawnej, w tym przenoszenia tego prawa na inne osoby (w pełnomocnictwie zawarto klauzulę o prawie udzielania dalszych pełnomocnictw).

Niezależnie od powyższego, jak wyjaśnił odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie, osoba podpisana pod odwołaniem zajmuje stanowisko dyrektora oddziału lidera konsorcjum na Polskę, jest wpisana w tym charakterze do KRS tego oddziału, zatem już ten fakt daje uprawnienie do reprezentacji odwołującego. W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że dorobkiem orzecznictwa jest stwierdzenie uprawnienia osoby zajmującej stanowisko dyrektora oddziału do reprezentacji podmiotu zagranicznego. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2010 r. w spr. KIO 1820/10: *Zgodnie z art. 85 z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz. U. Nr 155 poz 1095 z późn. zm.), zwana dalej USDG, przedsiębiorcy zagraniczny korzystają na zasadach wzajemności z pełnej swobody działalności gospodarczej m. in poprzez prowadzenie i tworzenie swoich oddziałów w Polsce. Natomiast w świetle art. 86 przedsiębiorca zagraniczny tworząc odział w Polsce i za jego pomocą wykonując działalność w kraju, może wykonywać jednie działalność tożsamą z jego działalnością za granicą. W myśl art. 87 USDG Przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział jest obowiązany ustanowić osobę upoważnioną w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego. Całość uregulowań USDG wskazuje, iż ustawa nie przyznaje i nie statuuje jakiejkolwiek działalności własnej oddziału, ale w świetle przepisów ustawy cały czas mamy do czynienia z działalnością przedsiębiorcy zagranicznego wykonywaną za pomocą swojego oddziału. Dodatkowo należy podnieść, iż oddział nie ma żadnych własnych organów, ale wykonawca zagraniczny jedynie ustanawia i uwidacznia w KRS osobę uprawnioną do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale (nie do reprezentowania oddziału – takie twierdzenie można potraktować tylko jako pewien skrót myślowy). Każde działanie i każde oświadczenie woli oznaczone jako działanie oddziału przedsiębiorcy zagranicznego dokonane przez osoby prawidłowo umocowane do reprezentowania przedsiębiorcy w oddziale uznać należy za oświadczenie przedsiębiorcy wywierające wszystkie skutki prawne w odniesieniu do tego przedsiębiorcy (por. m.in. wyrok KIO z dnia z dnia 27 lutego 2009 r.. sygn. akt KIO/UZP 163/09, 164/09).”* (podobnie: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2010 r. w spr. 1729/10). Powyższe stanowisko

potwierdza także uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego z dnia 12 lutego 2009 r. w spr. IV Ca 11/09, odnoszące się do skutku działania prokurenta oddziału podmiotu zagranicznego: „Zgodnie *z art. 85 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. Nr 155 z 2007 r., poz. 1095 ze zm. – dalej jako: u.s.d.g.) dla wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorcy zagraniczni mogą, na zasadzie wzajemności, o ile ratyfikowane umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej, tworzyć oddziały z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zwane „oddziałami”. Przedsiębiorca zagraniczny tworzący oddział może wykonywać działalność gospodarczą wyłącznie w zakresie przedmiotu działalności przedsiębiorcy zagranicznego (art. 86 u.s.d.g.) i może rozpocząć działalność w ramach oddziału po uzyskaniu wpisu oddziału do rejestru przedsiębiorców (art. 88 u.s.d.g.). Nie ulega wątpliwości, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego nie jest odrębnym podmiotem prawa, a jedynie formą prowadzenia działalności gospodarczej przez zagranicznego przedsiębiorcę na terytorium Polski. Innymi słowy, oddział utworzony na podstawie art. 85 ust. 1 u.s.d.g. nie ma własnych praw i obowiązków, ani własnego majątku, ponieważ stroną wszystkich stosunków prawnych jest przedsiębiorca zagraniczny, działający poprzez oddział w Polsce. W konsekwencji, własność i inne prawa majątkowe wynikające z działalności oddziału przysługują przedsiębiorcy zagranicznemu. X Ltd. utworzył na podstawie art. 85 ust. 1*

u.s.d.g. oddział w Polsce i udzielił Tomaszowi K. prokury. Trzeba zauważyć, że zgodnie z art. 1091 § 1 k.c. prokura obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Nie ulega zatem wątpliwości, że prokurent jest również uprawniony do ustanawiania dalszych pełnomocników, jeżeli ma to związek z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Wynika to z normatywnej treści stosunku prokury, która jest szczególną postacią pełnomocnictwa (art. 106 k.c. w zw. z art. 1091 § 1 k.c). Nie można zgodzić się z argumentacją skarżącego, że Tomasz K. jako prokurent oddziału w Polsce nie był uprawniony do reprezentowania X Ltd. z siedzibą w B., a jedynie oddziału tej spółki w Polsce. Pogląd ten nie jest trafny nawet, gdyby przyjąć, że prokura udzielona Tomaszowi K. jest prokurą oddziałową w rozumieniu art. 1095 k.c. Po pierwsze, stanowisko to abstrahuje od faktu, że istnieje tylko jeden podmiot prawa – spółka X Ltd., a nie dwa – X Ltd. z siedzibą w B. i X Ltd. Oddział w Polsce."

Z tego względu uznano, że odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie podpisała osoba uprawniona do tej czynności, zaś wniosek o odrzucenie odwołania nie zasługujena uwzględnienie.

(6) w zakresie wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu,

INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, uzasadnionego nieprzekazaniem przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie pełnej kopii odwołania zamawiającemu, w tym załączników do odwołania:

Powyższy wniosek odwołujący sformułował wobec przekazania zamawiającemu kopii odwołania liczącej 9 stron, to jest obejmującej właściwą treść odwołania, bez dołączonych do niego załączników, takich jak odpis z KRS, dowód przekazania kopii odwołania zamawiającemu, pełnomocnictwa, czy dowód uiszczenia wpisu.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przesłanka, o której mowa w przepisie art. 189 ust. 1 pkt 7 ustawy, mogłaby znaleźć zastosowanie, gdyby kopia odwołania przekazana zamawiającemu nie obejmowała załączników determinujących merytoryczną treść odwołania, to jest, gdyby nie zostały przekazane takie załączniki, które pomimo ich formalnego wyodrębnienia w swej istocie stanowią element konstytuujący treść odwołania, o czym stanowi w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp (wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania) oraz § 4 ust. 1 pkt 8 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności). Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 10 *rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* odwołanie zawierać musi między innymi wykaz załączników. Zgodnie natomiast z § 4 ust. 2 powołanego *rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań,* obligatoryjnymi załącznikami odwołania są: dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwo albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. Oznacza to zatem, iż dokumenty wymienione w § 4 ust. 2 *rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań,* w tym pełnomocnictwo i odpis z KRS, stanowią jedynie załączniki do odwołania, zatem ich nieprzekazanie nie powinno skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy. Wynika to także z ratio legis tego przepisu. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż: „Obowiązek *przekazania zamawiającemu kopii odwołania de lege lata ma na nie tylko walor informacyjny. Z uwagi na przewidzianą w art. 186 ust. 2 i 3 Pzp możliwość uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, zapoznanie się z całością merytorycznego stanowiska odwołującego przez zamawiającego i wykonawców, którzy mogą zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, ma istotne znaczenie. Tylko poznanie całości wskazanych w odwołaniu*

okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów powołanych na etapie wnoszenia odwołania, pozwala na ich prawidłową ocenę zarzutów. W wyniku dokonanej analizy zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania albo przygotować stanowisko zmierzające do ich oddalenia, wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia oraz o ewentualnym sprzeciwie wobec uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego" (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/1129/10). Podzielono w powyższym zakresie pogląd wyrażony w powyższym postanowieniu oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 6 sierpnia 2010 r. w spr. sygn. akt KIO 1578/10, zgodnie z którym *„(…) zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań odwołanie zawierać musi między innymi wykaz załączników. Zgodnie natomiast z § 4 ust. 2 w/w rozporządzenia obligatoryjnymi załącznikami odwołania są: dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwo albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. Z powyższego wynika, że załącznik nr 2, który znalazł się w wykazie załączników na stronie 7 odwołania stanowi załącznik, o którym mowa w § 4 ust. 2 w/w rozporządzenia. Biorąc pod uwagę literalne brzmienie § 4 ust. 1 w/w rozporządzenia, który określa co zawiera odwołanie uznać należy, że wystarczającym jest wskazanie w treści odwołania, jakie załączniki Odwołujący dołącza do odwołania i przesłanie takiego odwołania do zamawiającego jest wystarczające do uznania, że Odwołujący wypełnił obowiązek przesłania kopii odwołania, ponieważ elementy w tym przepisie wskazane wyczerpują zawartość samego odwołania. Ponieważ to nie załączniki „tworzą" treść odwołania, a jedynie ich wykaz, to stwierdzić należy, że przesłanie Zamawiającemu kopii odwołania bez załączników, o których mowa w § 4 ust. 2 w/w rozporządzenia jest prawidłowe i wystarczające do uznania, iż odwołujący uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Załączniki te nie stanowią elementu merytorycznej zawartości odwołania.",* oraz analogiczny pogląd w wyroku z 30 lipca 2010 r. w spr. KIO 1497/10.

Stąd wniosek o odrzucenie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie podlegał oddaleniu.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że każdy z sześciu wykonawców, których odwołania podlegają rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany

możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający odrzucił bowiem siedem, spośród dziesięciu złożonych ofert. Na posiedzeniu zamawiający podał, że oferty odrzucone nie podlegały ocenie według przyjętych kryteriów (cena oraz inne kryteria). Spośród siedmiu wykonawców, których oferty zostały odrzucone, czterech wykonawców złożyło odwołania na tę czynność (ostatecznie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon) a także zaniechania odrzucenia lub wykluczenia innych wykonawców, pozostali trzej wykonawcy wskazywali na zaistnienie podstaw do odrzucenia ofert lub wykluczenia konkurencyjnych wykonawców. Powyższe czyniło wynik postępowania – możliwość uzyskania zamówienia przez każdego z odwołujących w wyniku wniesienia odwołania nieprzesądzonym i z perspektywy każdego z wykonawców, na moment wnoszenia odwołania – realnym, co skutkowało uznaniem wystąpienia wobec każdego z odwołujących przesłanek materialnoprawnych we wnoszeniu środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Uznano także, że wykonawca którego oferta została wybrana - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie posiadają interes w kwestionowaniu ofert niżej od nich sklasyfikowanych (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV) jak również w kwestionowaniu oferty

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon. W tym drugim wypadku odwołujący podniósł zarzuty uzasadniające żądanie wykluczenia ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon – w razie przywrócenia do badania i oceny oferty tych wykonawców.

Biorąc pod uwagę fakt, że w przedmiotowym postępowaniu na czynności związane z jego rozstrzygnięciem wniosła odwołania znacząca ilość jego uczestników: zarówno wykonawcy, których oferty zostały odrzucone jak i ci, których interes wyraża się w wyeliminowaniu z postępowania wykonawców konkurencyjnych, oraz że wybór oferty tego wykonawcy nie jest definitywny - w wyniku postępowania odwoławczego losy poszczególnych ofert mogą ulec zmianie, należało przyznać wykonawcy, którego oferta

została wybrana przez zamawiającego interes w uzyskaniu zamówienia, wyrażający się kwestionowaniem ofert wykonawców niewybranych. Ewentualne dokonanie w wyniku postępowania odwoławczego wyboru oferty aktualnie odrzuconej mogłoby pozbawić wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie możliwości późniejszego stawiania zarzutów, wskazujących na zaistnienie innych podstaw do odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy, które to zarzuty mogłyby być uznane za złożone z uchybieniem ustawowych terminów.

Nie podzielono wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w zakresie braku interesu w uzyskaniu zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie, uzasadnionego niezakwestionowaniem czynności poprawienia omyłki w ofercie, co do którego wykonawca nie wyraził zgody. Fakt, że wykonawca nie złożył odwołania na czynność poprawienia omyłki nie oznacza bowiem, że utracił interes w uzyskaniu zamówienia, wyrażający się zainteresowaniem w utrzymaniu statusu wykonawcy i uprawnieniem do kwestionowania czynności odrzucenia jego oferty.

III. ZAKRES ROZSTRZYGNIĘCIA W ZAKRESIE ZŁOśONYCH ODWOŁAŃ

(1) zakres związania zarzutami podniesionymi w odwołaniach

W myśl art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie jest zatem dopuszczalnym wyjście poza zakres kwestionowanej czynności i postawionych wobec niej zarzutów. Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (…) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty*

odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”.

Z tych powodów nie mogły być brane pod uwagę podniesione na rozprawie okoliczności, które nie mieściły się w granicach wyartykułowanych w odpowiednich

odwołaniach zarzutów. Dotyczy to w szczególności argumentacji prezentowanej w odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – w zakresie w jakim zamawiający prezentował stanowisko, iż oferta podlega odrzuceniu wobec nie podania rodzaju reagenta. Skoro podstawę decyzji o odrzuceniu tej oferty stanowiło wyłącznie niepodanie zużycia reagenta, to rozpoznaniu podlegało odwołanie skierowane wobec tak opisanej podstawy odrzucenia oferty. Nie były zatem brane pod uwagę dodatkowe, ewentualne względy, które mogłyby przemawiać za odrzuceniem tej oferty, które nie zostały zaprezentowane w decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty i konsekwentnie – podniesiona wobec tak rozszerzonego stanowiska zamawiającego argumentacja nie zawarta w odwołaniu.

Podobnie, w zakresie zarzutu prezentowanego w odwołaniu Mostostal Warszawa SA w Warszawie, dotyczącego założenia placu manewrowego o zbyt małej powierzchni w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, wobec podjętej na rozprawie argumentacji, zgodnie z którą plac ten obejmuje zbyt małą powierzchnię, ponieważ znajdujące się na nim pojemniki na olej wymagają zachowania odpowiedniej odległości od placu manewrowego (jak wskazywano: 3 lub 5 metrów – zależnie od tego czy pojemnik jest naziemny czy podziemny), mimo podzielenia przez zamawiającego na rozprawie w powyższej mierze stanowiska prezentowanego przez odwołującego, uznano, że zarzut w takim kształcie, opatrzony tego rodzaju argumentacją nie został zawarty w odwołaniu. Nie bez przyczyny bowiem w złożonej odpowiedzi na odwołanie zamawiający wnioskował o nieuwzględnienie zarzutu, zaś stanowisko to zmienił przy rozszerzonej w stosunku do odwołania argumentacji odwołującego, odnoszącej się do wspomnianego pojemnika na olej. Powyższe potwierdza, że mowa tu nie o dodatkowej argumentacji potwierdzającej zasadność zarzutu, ale w istocie o jego rozszerzeniu.

Podobnie należało potraktować argumentację prezentowaną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie, w części dotyczącej zarzutu

niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, dotyczącą drugiej osoby wskazanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie na stanowisko kierownika budowy – z treści odwołania nie wynika postawienie zarzutu w powyższym zakresie, zatem podnoszona na rozprawie argumentacja dotycząca drugiej osoby nie mogła być brana pod uwagę.

(2) uwzględnienie przez zamawiającego niektórych zarzutów odwołań

W rozpatrywanej sprawie zamawiający uwzględnił częściowo odwołania złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie – w zakresie odrzucenia oferty tego wykonawcy a także podstaw do odrzucenia oferty Mostostal Warszawa SA w Warszawie (spr. KIO 1607/12); oraz części zarzutów w odwołaniach Mostostal Warszawa SA w Warszawie (spr. KIO KIO 1617/12) oraz Rafako SA w Raciborzu (spr. KIO 1618/12). Wobec tego uwzględnienia, wykonawcy którzy odpowiednio złożyli przystąpienia w tych sprawach, wnieśli sprzeciwy.

Biorąc powyższe pod uwagę, uznano, iż nie stanowi to uwzględnienia odwołań, o którym mowa w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, bowiem we wskazanych przepisach mówi się o uwzględnieniu wszystkich zarzutów odwołania, a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w rozpatrywanych sprawach.

Fakt uznania niektórych zarzutów odwołań i podzielenia zawartej w nich argumentacji – nie stanowi uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, o którym traktuje art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, od czego przysługiwałoby wykonawcom, którzy złożyli przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego prawo złożenia sprzeciwów (takie sprzeciwy, z ostrożności procesowej, w razie uznania za dopuszczalne częściowego uwzględnienia zarzutów ze skutkiem określonym w przepisach art. 186 ust. 2 i 3 ustawy,

wykonawcy którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, złożyli).

Uznano, że takie przyznanie zasadności niektórych zarzutów nie stanowi także uznania części odwołania, analogicznego do uznania powództwa, o którym mowa w art. 213 § 2 Kpc, którym Krajowa Izba Odwoławcza miałaby być związana, o ile nie jest ono sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego oraz nie zmierza do obejścia prawa. Po pierwsze – wskazany przepis kpc nie znajduje zastosowania w postępowaniu odwoławczym, zaś sama ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna analogicznej instytucji, innej aniżeli przewidziane w art. 186 ust. 2 i 3 uwzględnienie w całości zarzutów odwołania. W takim jednak wypadku wykonawcom, których interesy naruszałoby takie uwzględnienie zarzutów przysługuje prawo wniesienia sprzeciwu wobec tego uwzględnienia.

Nie sposób także powyższego traktować w kategorii faktu przyznanego w toku postępowania przez stronę przeciwną, o którym mowa w art. 190 ust. 5 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych. Fakt wyrażenia przez przystępujących stanowisk opozycyjnych do zamawiającego nie pozwala uznać, że mamy do czynienia z przyznaniem faktów (o ile ocenę treści ofert w ogóle można traktować za fakt, w rozumieniu art. 190 ust. 5 ustawy), które nie budzi wątpliwości z rzeczywistym stanem rzeczy. Dotyczyć to może jedynie, niespornej między stronami części zarzutów kierowanych w odpowiednich odwołaniach wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon.

Po drugie, postępowanie o zamówienie publiczne (a w konsekwencji – także postępowanie odwoławcze mające za zadanie zbadanie poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie opisanym zarzutami stawianymi w odwołaniu) nie rządzi się zasadą pełnej kontradyktoryjności, gdzie strony – uczestnicy postępowania są dysponentami podejmowanych czynności i w których to gestii jest dysponowanie własnymi roszczeniami. Czynności tego postępowania regulowane są co do zasady przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i przez pryzmat przepisów tej ustawy ocenie podlega prawidłowość podejmowanych przez zamawiającego czynności. Nie jest zatem tak, że fakt przyznania przez zamawiającego zasadności niektórych zarzutów odwołania wywołuje skutek w postaci związania Krajowej Izby Odwoławczej takim stanowiskiem zamawiającego, jeśli nie jest ono sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego oraz nie zmierza do obejścia prawa. Właśnie ocenie pod kątem zgodności z prawem – ustawą Prawo zamówień publicznych, podlega czynność zamawiającego kwestionowana w odwołaniu, i przez pryzmat zgodności z tymi przepisami podlega ocenie przyznanie zasadności niektórych zarzutów odwołania. Jakkolwiek bowiem czynności zamawiającego są czynnościami zmierzającymi do ukształtowania stosunku cywilnoprawnego – zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, to czynności te nie są pozostawione pełnej swobodzie i niezależności podmiotu jakim jest zamawiający, charakterystycznej dla sfery stosunków cywilnoprawnych. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem rygoryzmem i podporządkowane jest zasadom o bezwzględnym charakterze, nie podlegającym pełnej dyspozycji podmiotu obowiązanego do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada swobody kontraktowania wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, w tym dowolność w wyborze kontrahenta, z którym zawarta zostanie umowa doznają w postępowaniu o zamówienie publiczne ograniczenia, które wynika z zasad gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych oraz postępowania o zamówienie publiczne jak i brzmienia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych to nie

przepisy, których zastosowanie pozostawiono uznaniu zamawiającego, to przepisy bezwzględnie obowiązujące. Zatem zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie procesu decyzyjnego co do tego, z którym wykonawcą zawrze umowę, czy wykluczy tego wykonawcę bądź odrzuci jego ofertę – związany jest w tej mierze przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, i do każdej z tego rodzaju czynności musi mieć podstawę wyraźnie z tych przepisów wynikającą, szczególnie, gdy miałoby to dotyczyć wykluczenia wykonawcy, albo odrzucenia jego oferty, co do których to czynności przepisy enumeratywnie wyznaczają

podstawy tej czynności.

Okoliczność, że zamawiający przyznał zasadność niektórych zarzutów nie oznacza zatem, że Krajowa Izba Odwoławcza jest związana takim stanowiskiem zamawiającego. Zarzuty te podlegały rozpatrzeniu w pełnym zakresie oraz ich ocenie pod kątem zgodności z prawem. Odmienna ocena w tej mierze naruszałaby prawa wykonawców którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – którzy w takim wypadku nie mieliby możliwości zwalczania zarzutów naruszających ich interesy, wobec braku możliwości złożenia sprzeciwu co do takiego częściowego uwzględnienia odwołania.

Innymi słowy, w razie odmiennej oceny skutków uwzględnienia części zarzutów odwołania, niezbędnym byłoby przyjęcie dopuszczalności złożenia w tym zakresie sprzeciwów przez wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (które to sprzeciwy – z ostrożności procesowej – wykonawcy przystępujący po stronie zamawiającego złożyli), co prowadzi do tego samego skutku, w postaci obowiązku rozpatrzenia merytorycznego podniesionych zarzutów.

Uwzględnione przez zamawiającego zarzuty podlegały zatem merytorycznemu rozpatrzeniu. Zarzuty dotyczące oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon, w części, w jakiej zostały uwzględnione przez zamawiającego stały się bezspornymi między stronami. Zgodnie z treścią art. 190 ust. 5 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Dotyczy to zatem tych zarzutów, które zamawiający uwzględnił, i które nie zostały wycofane przez odwołujących. Spornym pozostał zarzut wyrażony w odwołaniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie, dotyczący spełnienia przez oferty wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej. Niezależnie od tego, te zarzuty, wobec faktu definitywnego odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon pozostawały bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy.

Konsekwentnie uznano, że wykonawcom, którzy złożyli przystąpienia po stronie zamawiającego, w sprawach w których zamawiający podzielił część zarzutów odwołań, przysługuje możliwość prezentowania stanowiska odmiennego do tego, jakie prezentuje strona do której złożone zostało przystąpienie (tutaj: zamawiający, który podzielił niektóre zarzuty odwołania). W przeciwnym bowiem wypadku przystępujący pozbawieni zostaliby możliwości obrony w postępowaniu, co jest szczególnie dolegliwe w zakresie zarzutów kierowanych wobec ich sytuacji (zarzuty dotyczące wykluczenia tych wykonawców oraz odrzucenia ich ofert), gdzie wykonawca nie ma innej, aniżeli przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, prawnej ścieżki obrony swojej pozycji w postępowaniu. Jakkolwiek bowiem przepis art. 185 ust. 5 ustawy przewiduje, że czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, to przy braku możliwości złożenia sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania, koniecznym staje się uznanie możliwości prezentowania przez wykonawcę, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego stanowiska odmiennego od tego, w którym zamawiający przyznaje zarzuty w zakresie godzącym w interes wykonawcy przystępującego. Podzielono w powyższej mierze stanowisko prezentowane w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2011 r. w spr. o sygn. akt KIO 2626/11 i 2633/11, w którym wyrażono następujący

pogląd: *„Rzeczywiście nie było sporu w zakresie przedmiotowego zarzutu na linii Odwołujący-Zamawiający, jednak Przystępujący również jest uczestnikiem postępowania i ma prawo wyrazić swoje stanowisko, tym bardziej w sytuacji, kiedy uznanie przez Zamawiającego zarzutu prowadziłoby do wykluczenia go z postępowania. Zakaz działania wbrew woli strony, do której się przystąpiło, wynikający z art. 185 ust. 5 Prawa zamówień publicznych należy interpretować, biorąc pod uwagę zakres przystąpienia; w ocenie Izby, zmiana stanowiska w toku postępowania przez stronę, do której się przystąpiło, nie może wpływać na prawo Przystępującego do ochrony swojego statusu w postępowaniu, jeżeli wola*

ochrony tego statusu została wcześniej wyrażona w przystąpieniu. Wyrażone stanowisko przez Przystępującego nie jest co prawda sprzeciwem w rozumieniu art.186 ust. 4 Prawa zamówień publicznych (sprzeciw w tym trybie może być wyrażony wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości), jednak nie można zaakceptować poglądu, że można byłoby to stanowisko pominąć w toku postępowania odwoławczego, ponieważ – jak słusznie zauważył Przystępujący – prowadziłoby to do pozbawienia go możliwości obrony swoich praw. Dlatego Izba uznała, że w takiej sytuacji konieczne jest merytoryczne rozstrzygnięcie zarzutu (w przedmiotowej sprawie można przyjąć, że możliwe jest zastosowanie art. 186 ust. 4 Prawa zamówień publicznych odpowiednio).”

(3) zarzuty wycofane

Odwołujący Astaldi wycofał na rozprawie zarzuty kierowane wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon: dotyczący gwarancji wadialnej (pkt II.4.4 odwołania) oraz dotyczące niepodania w formularzu stanowiącym załącznik 1a informacji (pkt II.4.5 odwołania). Z tego względu, powyższe zarzuty nie podlegały rozpatrzeniu.

(4) podstawa rozstrzygnięcia

Podstawę rozstrzygnięcia stanowiła dokumentacja postępowania złożona przez zamawiającego, w tym przede wszystkim kwestionowane w odpowiednich odwołaniach oferty wykonawców uczestniczących w postępowaniu, oraz złożone na rozprawie dowody. Stan faktyczny ustalono przy tym po części w oparciu o utajnione części ofert, uwzględniając że, co do zasady, kontradyktoryjny charakter postępowania dowodowego w postępowaniu odwoławczym, nie wyłącza ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa regulowanej odrębnymi przepisami. Elementy ofert wykonawców zostały utajnione na etapie ich złożenia wobec zamawiającego. Postępowanie odwoławcze służy zbadaniu poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, nie oznacza jednak, że przez fakt jawnego postępowania odwoławczego ujawnieniu podlega to, co jest utajnione w fazie postępowania prowadzonej przez zamawiającego. Ponadto, zasadność utajnienia określonych części ofert wykonawców była w tym postępowaniu przedmiotem zainteresowania Krajowej Izby Odwoławczej, która wyrokiem z dnia 4 czerwca 2012 r. w spr. KIO 1016/12 nakazała zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia przez wykonawców informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w określonym zakresie. Konieczność sprostania standardom skutecznej ochrony prawnej i poszanowana prawa do obrony stron postępowania odwoławczego nie narusza w tej sytuacji uzasadnionych interesów wykonawców oraz ich wartości stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

IV. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOŚONEGO PRZEZ WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO BUDIMEX S.A. W WARSZAWIE ORAZ KEPPEL SEGHERS BELGIUM NV (spr. o sygn. KIO 1602/12):

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV, wnieśli odwołanie na zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego w toku postępowania:

- zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie,

- zaniechanie odrzucenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie;
- zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie z postępowania, pomimo, że zaistniały przesłanki do wykluczenia, polegające na złożeniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na postępowanie;
2) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie z postępowania, pomimo, że zaistniały przesłanki do wykluczenia, polegające na nie wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu:
3) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z naruszeniem art. 23 ust. 2 ustawy i 104 Kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, pomimo, że nie odpowiada treści SIWZ;

4) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A.
w Warszawie, pomimo, że została ona wniesiona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania;
5) przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w Postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie oraz czynności wyboru jego oferty,
2) dokonanie ponownej oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie i w jej wyniku:
3) wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie z postępowania,
4) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie,
5) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV,
6) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania,
7) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych w całości.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentuje:

- złożone w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A.

w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie oświadczenie oraz wykaz nie są zgodne

z prawdą, gdyż roboty tam wskazane nie odpowiadają warunkom SIWZ, by były pracami polegającymi na zaprojektowaniu, wybudowaniu i uruchomieniu nowego lub kompleksowo przebudowanego oraz technologicznie i technicznie zmodernizowanego zakładu termicznego unieszkodliwiania/przekształcania odpadów komunalnych, w całości zaprojektowanych, zbudowanych i uruchomionych przez Wykonawcę.
Odnośnie zadania nr. 1 wskazanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie w Załączniku 5 (strona 53 oferty) dla Wiener Kommunal Umweltschutz Projektgesellschaft GmbH (WKU) odwołujący podnosi, że:
- po pierwsze, brak jest dokumentu (listu referencyjnego) inwestora/klienta potwierdzającego wykonanie wskazanych w tym punkcie wykazu prac przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie oraz, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, co stanowi jednoznaczne naruszenie stosownego wymogu SIWZ. Wskazane powyżej przedłożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie referencje od Zrzeszenia z Turyngii dotyczą zupełnie innej inwestycji i innego inwestora;
- instalacja opisana w poz. 1 nie została wykonana w całości przez spółkę INTEGRAL uczestnika Konsorcjum INTEGRAL-ERBUD-INTROL, co było wymogiem SIWZ. Ruszt i kocioł tej spalarni zostały wykonane przez konsorcjum Alstom Power Conversion GmbH/ Alstom Power Austria GmbH na bezpośrednie zamówienie inwestora. Na dowód tego odwołujący przedkłada kopie zamówienia rusztu i kotła przez WKU w ww. konsorcjum. Odwołujący wskazał, że Alstom Power Conversion GmbH została ostatecznie przejęta przez firmę Keppel Seghers GmbH, spółki zależnej partnera Konsorcjum Budimex, stąd w aktach partnera odwołującego konsorcjum znajduje się przedmiotowy dokument.
Odnośnie zadania nr 2 wskazanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie w Załączniku 5 (strona 54), to jest AVA Nordweststadt GmbH, odwołujący podniósł, że spółka Doosan Lentjes udostępniająca swoje zasoby w tym punkcie nie wykonała tego zlecenia w formule zaprojektuj/zbuduj/uruchom, jak wymagają tego warunki SIWZ. Generalnym wykonawcą tego projektu była spółka AVA GmbH, która zlecała poszczególne elementy spalarni osobnym

firmom i jako generalny wykonawca koordynowała ich prace. Na dowód odwołujący przedłożył wywiad z kierownikiem projektów w spółce AVA GmbH, panią Janką Frydrychowska-Horvatinn w oficjalnej broszurze AVA, http://www.kraftwerksbauer.de/mullheizkraftwerk frankfurt nordweststadt.html strona 12-13. Jak z tego wynika spółka Doosan Lentjes była jedynie dostawcą części technologicznej spalarni włącznie z kotłem i oczyszczaniem spalin. Cześć budowlaną dostarczyła spółka Hochtief Construction AG. Potwierdza to zarówno ten wywiad, jak i załaczony do odwołania raport roczny spółki Hochtief z roku 2005 na stronie 30. Wobec powyższego, w zakresie wskazanym w SIWZ spółka ERBUD uczestnik Konsorcjum INTEGRAL-ERBUD-INTROL nie może polegać na zasobach spółki Doosan Lentjes, gdyż referencje spółki udostępniającej zasoby nie spełniają wymogów SIWZ.
- powyższe, zdaniem odwołującego, wskazuje, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie podali nieprawdziwe informacje mające wpływ na wybór ich oferty i wobec tego nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co winno skutkować wykluczeniem z postępowania z mocy art. 24 ust. 2 punkt 3 i 4 ustawy, czego zamawiający nie dokonał.
- Zgodnie z Rozdziałem 1 ust. 5, oferta musi być podpisana przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy. Pełnomocnictwo do podpisania oferty musi

być dołączone do oferty w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza, o ile nie wynika ono z innych dokumentów załączonych przez wykonawcę.
Zgodnie zaś z Rozdziałem III ust. 1 oraz art. 23 ust. 2 ustawy, wykonawcy składający ofertę wspólną ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo do reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy.
Oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie została podpisana przez osobę, co do której nie wykazano umocowania (strona 13).
Do oferty zaś załączono różne pełnomocnictwa:
- z dnia 7 lutego 2012 r. udzielone w imieniu własnym przez spółkę INTEGRAL i spółkę INTROL do zawarcia umowy konsorcjum. Brak jest odpowiadającemu im pełnomocnictwa spółki ERBUD. Pełnomocnictwa zostały podpisane przez osoby umocowane w stosownym rejestrze zgodnie z załączonymi odpisami z rejestru;
- z dnia 16 lutego 2012 r. udzielone w imieniu własnym przez spółkę INTEGRAL panu Herbertowi Pischingerowi, spółkę ERBUD panu Grzegorzowi Ryszardowi Krzywickiemu

i spółkę INTROL panu Jarosławowi Lesko do reprezentowania poszczególnych spółek we wszystkich sprawach wynikających z ustawy PZP, które wymagane są w procedurze ubiegania się o przedmiotowe zamówienie oraz zawarcia realizacji umowy w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności w punkcie a) udzielające pełnomocnictwa poszczególne spółki wskazują, że pełnomocnik umocowany jest w imieniu poszczególnych spółek do opracowania, przygotowania, podpisania i złożenia zamawiającemu oferty. Pełnomocnictwa te wskazują, że *Pełnomocnik ma prawo do udzielenia dalszego pełnomocnictwa powstałemu Konsorcjum Integral-Erbud-Introl wraz z prawem ustanowienia dalszych pełnomocników w ramach wymienionych wyżej czynności w toku postępowania i po zawarciu umowy w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego.* Pełnomocnictwa zostały podpisane przez osoby umocowane w stosownym rejestrze zgodnie z załączonymi odpisami z rejestru;
- z dnia 19 lutego 2012 r. udzielone w imieniu wszystkich trzech spółek partnerów Konsorcjum INTEGRAL-ERBUD-INTROL poszczególnym partnerom Konsorcjum upoważniających alternatywnie poszczególnych partnerów Konsorcjum do reprezentowania Konsorcjum INTEGRAL-ERBUD-INTROL i wszystkich konsorcjantów. Pełnomocnictwo to wskazuje, że pełnomocnik ma prawo do ustanawiania dalszych pełnomocników. Pełnomocnictwo to zostało podpisane przez panów Herberta Pischingera, Grzegorza Krzywickiego, Jarosława Leśko;
- z dnia 20 lutego 2012 r. udzielone przez poszczególne spółki partnerów konsorcjum działające jako pełnomocnicy Konsorcjum INTEGRAL-ERBUD-INTROL odpowiednio w imieniu Konsorcjum odpowiednio panu Herbertowi Pischingerowi przez spółkę INTEGRAL, panu Grzegorzowi Ryszardowi Krzywickiemu przez spółkę ERBUD i panu Jarosławowi Leśko przez spółkę INTROL do działania „w imieniu i na rzecz Konsorcjum". Pełnomocnictwa zostały podpisane przez osoby umocowane w stosownym rejestrze zgodnie z załączonymi odpisami z rejestru.
- Mając powyższe na uwadze, odwołujący zarzuca, że oferta została podpisana przez osobę nie posiadającą umocowania w imieniu całego Konsorcjum INTEGRAL-ERBUD-INTROL oraz że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie nie ustanowili skutecznie pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy i SIWZ do ich reprezentowania.
- Kluczowym jest określenie, czy panowie Herbert Pischinger, Grzegorz Krzywicki, Jarosława Leśko byli umocowani jako pełnomocnicy w imieniu ustanawiających ich spółek do ustanowienia w imieniu całego Konsorcjum INTEGRAL-ERBUD-INTROL pełnomocnika w osobie osób prawnych swych mocodawców - akt pełnomocnictwa z 19.02 2012 r. Z treści pełnomocnictwa z dnia 16 lutego 2012 r. wynika wprost, że wskazani tam pełnomocnicy w imieniu reprezentowanego partnera Konsorcjum INTEGRAL-ERBUD- INTROL mogą

podpisać ofertę - na ofercie Konsorcjum INTEGRAL-ERBUD- INTROL winny figurować trzy podpisy panów Herberta Pischingera, Grzegorza Krzywickiego i Jarosława Leśko. Jednakże pod ofertą figuruje podpis tylko jednego z nich, Grzegorza Krzywickiego. Z treści

pełnomocnictwa z 16.02.2012 r. w żadnej mierze nie wynika, by poszczególni pełnomocnicy mogli działając wspólnie ustanowić w imieniu Konsorcjum ich wspólnego pełnomocnika; jego treść wprost i jednoznacznie bez żadnych wątpliwości wskazuje, że dalszym pełnomocnikiem może być jedynie „powstałe Konsorcjum". Oznacza to, że na mocy pełnomocnictwa z 16.02.2012 r. dysponując jedynie o takiej treści aktem pełnomocnictwa, pełnomocnicy nie mogli powołać pełnomocnika Konsorcjum czego wymaga art. 23 ust. 2 pzp i SIWZ. W konsekwencji, akt pełnomocnictwa z dnia 19.02.2012 r. został podpisany przez panów Herberta Pischingera, Grzegorza Krzywickiego i Jarosława Leśko z przekroczeniem zakresu umocowania czy wręcz bez umocowania poszczególnych osób prawnych, spółek partnerów Konsorcjum INTEGRAL-ERBUD-INTROL. Wobec tego takie pełnomocnictwo z mocy art. 104 Kodeksu cywilnego jest nieważne.
- wobec braku umocowania tych panów pełnomocnictwo z dnia 19.02.2012 r. dla swej ważności winno być wobec tego podpisane wyłącznie przez osoby umocowane w stosownym rejestrze zgodnie z załączonymi odpisami z rejestru. I tylko wtedy zostałby spełniony wymóg art. 23 ust. 2 PZP i SIWZ. Ponieważ jak wskazano wyżej akt pełnomocnictwa z 19.02.2012 r. nie mógł skutecznie powołać pełnomocnika Konsorcjum w osobie prawnej, poszczególnej spółki partnera Konsorcjum INTEGRAL - ERBUD - INTROL, nieważne z mocy art. 104 Kodeksu Cywilnego są także poszczególne pełnomocnictwa z dnia 20 lutego 2012 r.
- obok zarzutu nieważności, odwołujący wskazuje, że treść pełnomocnictwa z dnia 19.02.2012 r. jednoznacznie wskazuje na sprzeczną z prawem na mocy art. 5 Kodeksu cywilnego próbę obejścia bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 23 ust 2 ustawy, gdyż wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie wskazali alternatywnie wszystkich wykonawców, spółki wchodzących w skład konsorcjum.

Zamawiający, pismem z dnia 6 sierpnia 2012 r. ustosunkował się do odwołania wnosząc o jego oddalenie.

Biorąc pod uwagę zarzuty podniesione w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV, oraz uzasadniającą je argumentację, odwołanie podlega oddaleniu. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

(1) w zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und

Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia:

Zamawiający postawił wymaganie, by wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną pracę podobną do przedmiotu zamówienia. Za pracę podobną do przedmiotu zamówienia zamawiający kwalifikował prace polegające na zaprojektowaniu, wybudowaniu i nowego lub oraz technologicznie uruchomieniu kompleksowo przebudowanego i technicznie zmodernizowanego zakładu termicznego unieszkodliwiania/przekształcania odpadów komunalnych o wydajności co najmniej 90 000 Mg odpadów/rok, o wartości nie mniejszej niż 280 mln zł brutto. Wykazana praca podobna musi obejmować swoim zakresem instalację składająca się z następujących segmentów technologicznych:
- segment spalania z paleniskiem rusztowym;
- segment odzysku ciepła i wytwarzania pary przegrzanej;
- segment oczyszczania spalin ze standardami emisji równymi co najmniej wartościom granicznym według Dyrektywy 2000/76/WE, zmienionej Dyrektywą 2010/75/WE; oraz
- kompletny zespół turbiny-generatora wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła w całości zaprojektowanych, zbudowanych i uruchomionych przez Wykonawcę.

Potwierdzeniem spełnienia tak opisanego wymagania były, zgodnie z ust. 4 punkt 1 i 2 Rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji, oraz wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (prace podobne), wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, według wzoru

stanowiącego załącznik nr 5 do specyfikacji oraz dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), oraz wymaganiem stawianym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie na stronach 0_53-0_54 znajduje się wykaz wykonanych usług, w którym ujęto dwa zadania inwestycyjne:

1) w pozycji 1: *Budowa zakładu termicznego przekształcania odpadów komunalnych w formule zaprojektuj i wybuduj o wydajności 160 000,00 t/rok wraz z segmentem spalania z paleniskiem rusztowym, segmentem odzysku ciepła i wytwarzania pary przegrzanej, segmentem oczyszczania spalin zgodnie z dyr. 2000/7/WE oraz kompletnym zespołem turbiny – generatora wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła* - dla Wiener Komunal - Umweltschutz Projektgesellschaft mbH (WKU), ul. Johann – Petrak Gasse 7, 1110 Wiedeń, Austria, o wartości kontraktu ok. 416 290 000,00 zł, w okresie 10.2003 – 10.2008, ze wskazaniem, że jest to doświadczenie własne wykonawcy (członka konsorcjum);
2) w pozycji 2: *Budowa w formule zaprojektuj i wybuduj nowego zakładu termicznej utylizacji odpadów komunalnych o wydajności 525 000,00 t/rok z odzyskiem energii pod nazwą MHKW Frankfurt wraz z wraz z segmentem spalania z paleniskiem rusztowym, segmentem odzysku ciepła i wytwarzania pary przegrzanej, segmentem oczyszczania spalin zgodnie z dyr. 2000/7/WE oraz kompletnym zespołem turbiny – generatora wraz z wyprowadzeniem energii elektrycznej i ciepła* – dla Abfallverbrennungsalage Nordweststadt GmbH Peter – Fischer Allee 23 65929 Frankfurt (AVA Nordweststadt GmbH Rosemarie Heilig), wykonane w okresie 10/2003 – 07-2010 o wartości ok. 615 600 000,00 zł (zadanie udostępnione na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy).
Wykaz został opatrzony :
- w odniesieniu do zadania wykazanego w pozycji 2 wykazu: referencjami wystawionymi przez Abfallverbrennungsalage Nordweststadt GmbH Peter – Fischer na rzecz Doosan Lentjes GmbH, z których wynika, iż *firma Doosan Lentjes GmbH, znana wcześniej jako AE&E Lentjes GmbH wykonała projekt i przeprowadziła budowę nowego zakładu termicznej utylizacji odpadów komunalnych z odzyskiem energii pod nazwą MHKW Frankfurt, usytuowanego pod adresem Heddernheimer Landstrasse 157, 60439 Frankfurt nad Menem, Niemcy zakończoną 8 lipca 2010. Zastosowaną technologią jest piec rusztowy o wydajności 525 000 t/rok, spełniający wymogi Dyrektywy UE 2000/76/EC z 4 grudnia, dotyczącej dozwolonych poziomów emisji ze spalania odpadków. Wyżej wymieniony zakład termicznej utylizacji odpadów komunalnych został oddany zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz według specyfikacji* (str. 0_57-0_58), a także zobowiązaniem na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych Doosan Lentjes GmbH do udostępnienia wiedzy i doświadczenia firmie ERBUD SA w Warszawie (str. 0_59 oferty) oraz oświadczeniem o następstwie prawnym wymienionych wyżej podmiotów (str. 0_60 oferty)
- referencje wystawione dla Integral Engineering und Umwelttechnik GmbH dotyczące *instalacji utylizacji pozostałości odpadów Turyngia Południowo – Zachodnia Konsorcjum Martin GmbH, Monachium; ABB Schweitz AG, Baden; Integral Engineering und Umwelttechnik GmbH, Achau, użytkownik: Zweckverband für Abfallwirtschaft*

Südwestthüringen (ZASt) Am Schießstand 15, D-98544 Zella – Mehlis, pojemność znamionowa 160 000 ton rocznie; miejsce wykonywania świadczeń: Restabfallebehandlungsanlage Südwestthüringen (ZASt) Am Schießstand 15, D-98544 Zella – Mehlis, zleceniodawca: Zweckverband für Abfallwirtschaft Südwestthüringen (ZASt) Am Schießstand 15, D-98544 Zella – Mehlis, z których wynika, iż *obiekt został wykonany pod klucz i przekazany, a wszystkie zlecone prace zostały wykonane zgodnie z umową i prawidłowo wykonane pod względem technicznym.*

Zamawiający uznał tak wykazane doświadczenie za wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku. Biorąc pod uwagę tak dokonane ustalenia, oraz postawione w zakresie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie zarzuty w odwołaniu złożonym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV, uznano zarzuty za niepotwierdzone.

Po pierwsze – w zakresie argumentacji zawartej w odwołaniu dotyczącej inwestycji dla Wiener Komunal - Umweltschutz Projektgesellschaft mbH (WKU), ul. Johann – Petrak Gasse 7, 1110 Wiedeń, Austria – przystępujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie przekonująco wyjaśnili, że to zadanie zostało opisane w wykazie omyłkowo w zakresie wskazania odbiorcy, gdzie powinien znaleźć się rzeczywisty odbiorca, to jest Zrzeszenie Gospodarki Odpadami Turyngii Południowo – Zachodniej, co do którego zdania złożone zostały referencje. Bez znaczenia pozostaje zatem argumentacja oraz złożone na jej potwierdzenie dokumenty: potwierdzenie, że pakiet Palenisko został wykonany przez Alstom Power Conversion GmbH w Koeln. Przyjęto bowiem za wiarygodne wyjaśnienie, iż wykazie robót złożonym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie zadanie to wskazano omyłkowo, nie złożono przy tym wobec niego dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót. Zadanie dla Wiener Komunal - Umweltschutz Projektgesellschaft mbH (WKU), ul. Johann – Petrak Gasse 7, 1110 Wiedeń, Austria w ogóle nie służyło wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie brał go także pod uwagę zamawiający. Stąd rozważania dotyczące tej inwestycji, pozostają bez znaczenia.

Nie znalazła także potwierdzenia argumentacja odwołującego w zakresie drugiego zadania – wykonanego na rzecz AVA Nordweststadt GmbH, wskazująca, że podmiot który udostępnił zasób w postaci wiedzy i doświadczenia obejmujących to zadanie, tj. Doosan

Lentjes nie wyczerpał wymagania stawianego w treści warunku, to jest wykonania zlecenia w formule zaprojektuj/zbuduj/uruchom, bowiem generalnym wykonawcą była AVA Nordweststadt GmbH, zlecając różnym wykonawcom prace, przykładowo dostawę części technologicznej spalarni z kotłem i oczyszczaniem spalin – Doosan Lentjes, wykonanie części budowlanej – Hochtief Construction AG. Złożone na potwierdzenie zasadności tak postawionego zarzutu wywiad z kierownikiem projektów w AVA GmbH a także raport roczny Hochtief z roku 2005 nie potwierdzają zasadności stawianego zarzutu. Wskazany wywiad, a właściwie jego wycinek zawierający cytaty z wypowiedzi przedstawicielki AVA Nordweststadt GmbH wskazuje między innymi, że w projekcie przebudowy spalarni uczestniczy kilka podmiotów, że AVA GmbH ma za zadanie przeprowadzenie i nadzorowanie budowy obiektu terminowo i ekonomicznie.

Wycinek ze sprawozdania finansowego Hochtief Construction AG (część str. 30), przywołany przez odwołującego zawiera następującą treść: *„segment produktów: projekty infrastrukturalne Elektrownie: Müllheizkraftwerk Nordweststadt, Frankfurt. Od marca 2005 HOCHTIEF Construction przebudowuje istniejącą spalarnię odpadów jak również elektrociepłownię będące częściowo w ruchu. Prace o wartości ponad 31 milionów euro mają być zakończone we wrześniu 2008”.* Z tych materiałów wynika zatem wykonywanie pewnych prac w obiekcie wskazanym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie przez Hochtief Construction AG w okresie od marca 2005 r., które zostały zaplanowane do 2008 r. Materiały te nie pozwalają jednak na definitywne przesądzenie, że Doosan Lentjes GmbH, nie wykonała wskazanego w wykazie i potwierdzonego referencjami zadania. Po pierwsze, zwrócić trzeba uwagę, że w wykazie robót mówi się o wykonaniu przez ten podmiot projektu i przeprowadzeniu budowy nowego zakładu termicznej utylizacji odpadów komunalnych z odzyskiem energii pod nazwą MHKW Frankfurt, podczas gdy złożony materiał stanowiący wywiad z kierownikiem zarządzania projektami w AVA GmbH odnosi się wyraźnie, o czym wspomniano w jego treści kilkukrotnie, do projektu przebudowy spalarni. Podobny wniosek płynie z analizy treści

wycinka sprawozdania finansowego Hochtief Construction AG – tam także mówi się o przebudowie spalarni odpadów.

Powyższe prowadzi do konstatacji, iż odwołujący wywozi wniosek o niespełnieniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie warunku udziału w postępowaniu na podstawie pozyskanych informacji, które jednak nie odnoszą się do budowy spalarni, ta zaś jest przedmiotem wykazywanego przez tych wykonawców doświadczenia. Powyższe czyni złożone informacje

pozostającymi niejako bez związku z kwestionowanym zakresem wykazywanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie roboty, skoro dotyczy ona budowy spalarni, nie zaś jej przebudowy. Nie można wyłączyć sytuacji, że złożone zadanie inwestycyjne, jakim jest budowa spalarni było wykonywane przez podmiot wskazany w wykazie robót oraz referencjach a jednocześnie odbywała się jego przebudowa. Zadanie wykazywane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie obejmuje bowiem relatywnie długi okres, to jest okres od 2003 do 2010 r.

Dostrzeżenia wreszcie wymaga, że dowód z wywiadu z osobą, datowanego na 1 sierpnia 2008 r., i pochodzącego ze strony internetowej, nie może stanowić wystarczającego potwierdzenia, że zadanie nie zostało wykonane lub miało inny zakres, aniżeli wykazywany przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie. Wartość dowodowa tego rodzaju dokumentu jest bowiem ograniczona.

To wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty). Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2 a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Ustawodawca w art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych określił sposób wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując, że rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający dla celu potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu określi rozporządzenie. W tym zakresie mają zatem zastosowanie przepisy *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2009r. Nr 226, poz. 1817). Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 2 tego rozporządzenia, w celu wykazania

spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy może żądać następujących dokumentów: (…) wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich rodzaju

i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie złożyli wymagany wykaz, na wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia formularzu, zgodnie z wymaganiami postawionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak jak określa to przytoczone *rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.* Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie uczynili zatem zadość obowiązkowi wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie ze wspomnianymi regułami.

Zgodnie zaś z ogólną regułą ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 kodeksu cywilnego, znajdującą zastosowanie na gruncie postępowania w sprawie o zamówienie publiczne, ciężar dowodu na okoliczność danego faktu spoczywa na podmiocie, który z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W związku z tym, wobec wykazania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie w sposób określony w przepisach prawa zamówień publicznych okoliczności spełniania warunków udziału w postępowaniu (poprzez złożenie odpowiedniego oświadczenia w formie wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie robót) należało przyjąć, że to odwołującego, który kwestionuje zawarte w tych dokumentach informacje oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH

w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie obciąża dowód na okoliczność przeciwną. Podkreślenia dalej wymaga, że dowód ten musi mieć charakter pozytywnego, wskazującego na odmienne od przedstawionych w wykazie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie informacje co do wykazywanych zadań inwestycyjnych. Nie wystarczy w tym zakresie uprawdopodobnienie czy tylko zasianie wątpliwości co do tego, że być może zadania opisane złożonymi dokumentami nie spełniają postawionych warunków. Konieczne byłoby dla uznania zasadności twierdzeń odwołującego przeprowadzenie przez niego dowodów w sposób jednoznaczny i pozytywnie dowodzący okoliczności odmiennych od wskazanych w innym dowodzie, to jest oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie. Za wystarczający dowód nie może zostać uznane złożenie opisanego wyżej wywiadu z kierownikiem projektów w AVA GmbH jak również wyciąg ze sprawozdania Hochtief Construction AG.

Powyższe decydowało o nieuwzględnieniu zarzutów zmierzających do wykazania, że robota ujęta w poz. 1 wykazu nie spełnia warunku stawianego przez zamawiającego.

Dostrzeżenia następnie wymaga, w zakresie roboty potwierdzonej referencjami wystawionymi przez jest Zrzeszenie Gospodarki Odpadami Turyngii Południowo – Zachodniej, co do której wykaz nie odzwierciedla jej odbiorcy, że w razie uznania, że drugie zadanie nie wyczerpuje wymagania postawionego przez zamawiającego (zadanie z poz. 2), brak ten podlegałby uzupełnieniu – zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane

dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Na obecnym etapie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie przekonująco wyjaśnili rozbieżność między opisem poz. 1 wykazu a treścią

złożonych referencji, składając dodatkowo pismo pochodzące od Zrzeszenia Gospodarki Odpadami Turyngii Południowo – Zachodniej.

Wskazane okoliczności nie pozwalają podzielić zarzutu niewykazania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dopełniającego go żądania nakazania wykluczenia tych wykonawców z postępowania.

(2) w zakresie zarzutu złożenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie nieprawdziwych informacji:

Opisana wyżej ocena czynności zamawiającego, polegającej na uznaniu za spełniony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie postawionego warunku udziału w postępowaniu za za niepotwierdzony zarzutu złożenia przemawiała uznaniem nieprawdziwych informacji. Złożenie dokumentu zawierającego błędy w treści nie jest równoznaczne ze złożeniem nieprawdziwych informacji. Przystępujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie wyjaśnili powody rozbieżności w treści wykazu robót z referencjami dotyczącymi zadania ujętego w jego poz. 1, podając że pierwotnie zamierzali wykazywać spełnienie warunku udziału w postępowaniu innym zadaniem, od którego to zamysłu ostatecznie odstąpiono, natomiast przez omyłkę pozostało w opisie zawartym w wykazie wskazanie jego odbiorcy (w miejsce Zrzeszenia Gospodarki Odpadami Turyngii Południowo – Zachodniej - Wiener Komunal - Umweltschutz Projektgesellschaft mbH). Wykonawca złożył przy tym referencje dotyczące prawidłowego zadania. W zakresie zadania ujętego w pozycji 2, to jest wykonanego dla AVA GmbH, ze wskazanych wyżej względów nie sposób mówić o podaniu nieprawdziwych informacji – odwołujący, opierając proces wnioskowania o złożony wywiad z przedstawicielką AVA GmbH oraz część sprawozdania finansowego Hochtief Construction AG nie wykazał zarówno, że robota nie odpowiada treści postawionego warunku, jak i że złożono w tym zakresie nieprawdziwe informacje.

W orzecznictwie wskazuje się, że świadome podanie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę zwalnia zamawiającego z obowiązku wzywania do złożenia określonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (np. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 23 lipca 2010 r. w spr. XGa 163/10). W analizowanej sprawie trudno mówić o świadomym

podaniu nieprawdziwych informacji, w warunkach kiedy wykonawca wykazał dwa zadania w miejsce jednego, załączył właściwe referencje, co potwierdził dodatkowo złożonym na rozprawie pismem odbiorcy zadania które miało być opisane w poz. 1 wykazu, tj. Zrzeszenia Gospodarki Odpadami Turyngii Południowo – Zachodniej. Powyższe przekonuje o wiarygodności wyjaśnienia przystępującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, czyniąc zarazem bezpodstawnym zarzut podania nieprawdziwych informacji.

(3) w zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego podpisania i złożenia oferty przez osobę nieposiadającą pełnomocnictwa w imieniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL

Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie:

Na wstępie dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż w przypadku, o którym mowa w ust. 1 (wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia), wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z brzmienia powyższego przepisu wynika, iż na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia został nałożony obowiązek ustanowienia pełnomocnika, reprezentującego ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dwóch możliwych zakresach umocowania:

1) do reprezentowania uczestników konsorcjum w postępowaniu,

2) do reprezentowania uczestników konsorcjum w postępowaniu i podpisania umowy.

Powyższa regulacja ma z jednej strony znaczenie informacyjne dla zamawiającego, co do tego, z kim należy dokonywać czynności w postępowaniu czy podpisać umowę. Jednoznaczne udokumentowanie tego pełnomocnictwa i zaprezentowanie go zamawiającemu ma jeszcze inne znaczenie: ma dawać zamawiającemu pewność, że wola wykonawców wspólnie występujących w postępowaniu na pewno, w sposób poważny i wiążący obejmuje udział w nim, i to udział w takiej konfiguracji podmiotów, jaką wskazano w ofercie. Może to mieć znaczenie dla zabezpieczenia zamawiającego przed ewentualnym uchyleniem się wykonawcy od zawarcia umowy na tej podstawie, że przed podpisaniem umowy jeden z członków konsorcjum oświadczy, że nie miał zamiaru ubiegać się o dane zamówienie. Stąd przepis ten w pierwszym rzędzie ma znaczenie porządkujące z perspektywy zmawiającego, co do tego z kim ma, w imieniu kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego komunikować się w postępowaniu,

czy wreszcie zawrzeć umowę. Nie wyłącza to jednak umocowania więcej niż jednego pełnomocnika. Przepis art. 23 ust. 2 ustawy nie przewiduje bowiem skutku w postaci nieważności czynności zdziałanych w razie ustanowienia więcej niż jednego pełnomocnika; sankcji w postaci odrzucenia oferty złożonej w razie ustanowienia więcej niż jednego pełnomocnika do jej złożenia w warunkach wspólnego ubiegania się o zamówienie nie przewiduje także art. 89 ust. 1 ustawy; również dalsze przepisy, odnoszące się do unieważnienia umowy nie dają takiej podstawy.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów (jakkolwiek odwołujący w powyższej mierze zarzuca naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z naruszeniem art. 23 ust. 2 ustawy i art. 104 Kodeksu cywilnego). Doktryna i orzecznictwo wiążą zastosowanie przywołanej normy przede wszystkim z wadliwością oświadczenia woli stanowiącego ofertę w szczególności w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę do dokonania tej czynności.

Dostrzec dalej należało, że treść oferty, zgodnie ze stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołów Arbitrów obejmuje sferę świadczenia wykonawcy odnoszącego się do merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Wskazanie w formularzu wykonawcy lub wykonawców nie ma wpływu na treść oferowanego świadczenia, a skoro zostały złożone dokumenty wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie ma wątpliwości, co do ustalenia kręgu wykonawców, którzy zobowiązali się wobec zamawiającego (oblata) do wykonania oferowanego świadczenia. Za pełnowartościowe źródło wiedzy o składzie konsorcjum należało uznawać nie tylko formularz oferty, ale również pozostałe złożone wraz z ofertą oświadczenia i dokumenty, w tym przede wszystkim pełnomocnictwa.

Dostrzeżenia dalej wymagało, że przepis art. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zawierający definicje nie wyprowadza odrębnej definicji pełnomocnictwa. Z tego względu przy prawnej ocenie zarzutu zastosowanie znajdą na podstawie brzmienia art. 14 ustawy przepisy kodeksu cywilnego. Art. 96 Kc stanowi, że istotą pełnomocnictwa jest możliwość działania w cudzym imieniu. Oznacza to możliwość złożenia przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika oświadczenia woli ze skutkiem prawnym dla mocodawcy zgodnie z art. 95 § 2 Kc. Na mocy natomiast art. 109 Kc, pełnomocnik może też odbierać oświadczenia kierowane

do mocodawcy. O niezbędnej treści pełnomocnictwa stanowi art. 98 Kc rozróżniający pełnomocnictwo ogólne (do czynności zwykłego zarządu), rodzajowe (określające rodzaj czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu) oraz pełnomocnictwo szczególne udzielane dla dokonania poszczególnej czynności. Dorobkiem doktryny i orzecznictwa jest

ustalenie, że pełnomocnictwo, o którym mówi art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno być co najmniej pełnomocnictwem rodzajowym, którego zakresem minimalnym jest upoważnienie do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W okolicznościach analizowanej sprawy, potwierdzone zostało całością złożonych wraz z ofertą dokumentów wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawców: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie.

Z treści złożonych w ofercie pełnomocnictw, których zakres i treść nie uszła uwadze odwołującego, będąc szczegółowo przytoczoną w odwołaniu, wynika, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie złożyli kilka pełnomocnictw. Znaczenie mają szczególnie dwa ostatnie, to jest z dnia 19 lutego 2012 r., oraz 20 lutego 2012 r. To pierwsze udzielone zostało w imieniu każdego z trzech wykonawców sobie nawzajem, co upoważnia każdego z nich do reprezentowania i złozenia oferty. Jednocześnie, w pełnomocnictwie z 16 lutego 2012 r. każdy z członków konsorcjum upiwaqżnił po jednej osobie do reprezentowania siebie do reprezentowania we wszystkich sprawach wynikających z ustawuy Prawo zamówień publicznych; zawarto w tym pełnomocnictwie wzmiankę że *pełnomocnik ma prawo do udzielenia dalszego pełnomocnictwa powstałemu Konsorcjum Integral-Erbud-Introl wraz z prawem ustanowienia dalszych pełnomocników w ramach wymienionych wyżej czynności w toku postępowania i po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.* Pełnomocnictwo z dnia 20 lutego 2012 r. udzielone przez wykonawców składających się na konsorcjum, działających jako pełnomocnicy Konsorcjum odpowiednio panu Herbertowi Pischingerowi przez spółkę INTEGRAL, panu Grzegorzowi Ryszardowi Krzywickiemu przez spółkę ERBUD i panu Jarosławowi Leśko przez spółkę INTROL obejmuje uprawnienie do działania w imieniu i na rzecz Konsorcjum. Biorąc pod uwagę treść tego pełnomocnictwa, oczywistym jest, że gdy mówi się o „powstałym Konsorcjum" oznacza to trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i że prawo reprezentowania tego konsorcjum dotyczy trzech wymienionych w nim osób, każdej z osobna. Nie sposób przyjąć, że z treści tego pełnomocnictwa wynika uprawnienie dla każdego z trzech pełnomocników do działania w imieniu jednego tylko, udzielającego pełnomocnictwa członka konsorcjum. W pełnomocnictwie mówi się przecież o działaniu w imieniu i na rzecz konsorcjum, co oznacza, że umocowanie nie dotyczy działania w imieniu jednego tylko wykonawcy. Z treści tych pełnomocnictw wprost wynika, że każdy z członków konsorcjum został upoważniony do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Każdy z tych wykonawców został zatem pełnoprawnym pełnomocnikiem

umocowanym do reprezentowania w postępowaniu, w tym złożenia oferty.Kolejne pełnomocnictwo wskazuje imiennie osoby, które w imieniu każdego z pełnomocników mogą dokonywać czynności. Wśród nich wymieniono osobę, która podpisała ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie.

Powyższej ocenie nie uchybia, że ustanowionych zostało trzech pełnomocników. Istotnie, optymalną byłaby sytuacja, gdyby wykonawcy wspólnie ubiegający się o dzielenie zamówienia publicznego w jednym dokumencie ustanowili jednego pełnomocnika, co wprost by wpisywało się w brzmienie art. 23 ust. 2 ustawy. Powyższe nie oznacza jednak nieważności oświadczenia woli złożonego w takich warunkach. Analiza treści złożonych w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach

oraz ERBUD S.A. w Warszawie pełnomocnictw wskazuje, że każdy z trzech wykonawców jest uprawniony do reprezentowania w postępowaniu, a także że w imieniu każdego z nich mogą działać wskazane osoby.

W związku z powyższym, zasadnym jest wniosek, że złożone do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, w kontekście całokształtu złożonych dokumentów i oświadczeń w sposób niewątpliwy przekonują, że między tymi podmiotami istnieje porozumienie, którego treścią jest wspólne złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, jak również że pełnomocnik podpisujący ofertę był do tej czynności umocowany w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Tak dokonana ocena odpowiada postulatowi uwzględnienia przy interpretacji treści pełnomocnictwa innych dokumentów związanych z interpretowanym tekstem.

Pełnomocnictwo winno być rozpatrywane na gruncie przepisów prawa cywilnego. Powołany wyżej przepis art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada bowiem obowiązek ustanowienia przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia pełnomocnika, przy czym, po myśli art. 14 ustawy, Przepisy ustawy – Kodeks cywilny znajdują swoje zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem, którego celem jest zawarcie umowy i jako takie nie jest wyłączone z zakresu działania reguł prawa cywilnego, w części nie podlegającej regulacji w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Dokument stwierdzający ustanowienie pełnomocnika, tak jak inne oświadczenie podlega bowiem interpretacji. Znajduje do niego zastosowanie ogólna reguła wyrażona w art. 65 § 1 Kc. Przepis ten stanowi, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. To także przemawia za trafnością dokonanej przez zamawiającego oceny dokumentów złożonych w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie i uznania, że tę ofertę złożyły podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, reprezentowane przez właściwie umocowanego pełnomocnika.

Niezależnie od powyższego, należało dostrzec, że w sytuacji gdyby złożone do oferty pełnomocnictwo (względnie pełnomocnictwa) były niedoskonałe w stopniu nie pozwalającym ustalić zakresu umocowania i uznać, że odpowiednia osoba została umocowana przez wszystkich członków konsorcjum do złożenia w ich imieniu oferty w postępowaniu, pełnomocnictwo to mogłoby podlegać uzupełnieniu na wezwanie zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis ten przewiduje, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Ustawodawca przewidział zatem możliwość uzupełniania pełnomocnictw, zarówno gdy nie złożono pełnomocnictw we właściwym terminie, jak i gdy są one wadliwe.

Nie sposób także na podstawie złożonego pełnomocnictwa wywodzić, jak czyni to odwołujący o sprzecznej z prawem, na mocy art. 5 Kodeksu cywilnego, próbie obejścia bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 23 ust. 2 ustawy. Przepis ten ma znaczenie porządkujące, wprowadza regulację sprzyjającą szybkości i pewności obrotu, przede wszystkim usprawniająca komunikację zamawiającego z kilkoma wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie. Nie oznacza to jednak niedopuszczalności ustanowienia więcej niż jednego pełnomocnika. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z 20 grudnia 2007 r. w spr. o sygn. akt KIO/UZP 1432/07, brak jest przeszkód, aby w postępowaniu o udzielenie zamówienia występowało kilku pełnomocników.

Podobnie, w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 marca 2011 r. w spr. KIO 462/11 Krajowa Izba

46

Odwoławcza uznała, że celem wymogu ustanowienia pełnomocnika na podstawie art. 23 ust. 2 ustawy *„jest niewątpliwie ustalenie i ułatwienie zamawiającym przekazywania i otrzymywania oświadczeń i zawiadomień do i od jednego pełnomocnika, a nie każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Natomiast biorąc pod uwagę całokształt przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz prawa cywilnego, należy stwierdzić, że przepis ten nie przewiduje sankcji w przypadku niewypełnienia tego obowiązku, a już w szczególności w postaci wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub odrzucenia ich oferty."* oraz: *„Prawo cywilne nie przewiduje również generalnego zakazu działania mocodawcy w przypadku wyznaczenia pełnomocnika, tak więc mimo wyznaczenia pełnomocnika, oferta mogłaby być podpisana wspólnie przez obu wykonawców."*

Z faktu ustanowienia więcej niż jednego pełnomocnika nie sposób wywodzić o nieważności oferty, a ściślej – nieważności oświadczenia woli w niej zawartego – żaden przepis nie przewiduje bowiem takiego skutku w razie umocowania więcej niż jednego pełnomocnika do złożenia oświadczenia za wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Powyższe czyni bezpodstawnym postawiony zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z naruszeniem art. 23 ust. 2 ustawy i 104 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Reasumując, nie potwierdził się żaden z podniesionych w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV zarzutów kierowanych wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, w tym przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania, przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z naruszeniem art. 23 ust. 2 ustawy i 104 Kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tych wykonawców, przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty pomimo, że została ona wniesiona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania, przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z ustawy.

Powyższe determinowało oddalenie odwołania w sprawie KIO 2602/12.

47

V. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOśONEGO PRZEZ WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO ASTALDI S.P.A W RZYMIE ORAZ TME S.P.A. TERMOMECCANICA ECOLOGIA W MEDIOLANIE (spr. sygn. KIO 1607/12):

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie złożyli odwołanie na czynności polegające na niezgodnej z prawem czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, i wnosząc o nakazanie:
1) uznania za bezskuteczną czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
2) uznania za bezskuteczną czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
3) powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
Odwołujący, w uzasadnieniu odwołania podał:
(1) w zakresie odrzucenia własnej oferty:

- zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wymagał sporządzenia ofert zgodnie z zawartym w SIWZ wzorem formularza oferty stanowiącym załącznik nr 1 a do SIWZ. W pkt 3 formularza Zamawiający zawarł „Tabelę *danych do kryterialnych ocen punktowych oferty",* którą należało wypełnić biorąc pod uwagę załącznik nr 12 do SIWZ zatytułowany: *„Zasady oceny ofert według grup kryteriów cząstkowych oceny ofert".*
W pozycji nr 4.1.2 formularza oferty zamawiający wymagał podania zestawienia poszczególnych reagentów, materiałów stabilizujących i zestalających w kg/Mg (tonę) przetwarzanych pozostałości. Postanowienie powyższe było przedmiotem pytań składanych zamawiającemu, który w lutym 2012 r. próbował dokonać zmiany w zakresie niniejszego postanowienia, jednakże w marcu 2012 r. powrócił do pierwotnego brzmienia SIWZ, na co jednoznacznie wskazuje opublikowana wersja ujednolicona SIWZ po naniesieniu wszystkich zmian wynikających z pytań zadawanych zamawiającemu. W dniu 13 czerwca 2012 r. Zamawiający wezwał odwołującego do: *„poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ niepowodującej istotnych zmian w treści oferty".* Zamawiający zażądał poprawienia następujących danych: *„Cement 340 kg/Mg"* na: *„Cement 18,44 kg/Mg spalanych odpadów",* wskazując, że korekta została dokonana w oparciu o przedstawioną w tabeli na str. 92 oferty informację, gdzie odwołujący istotnie podał, że zużycie Trace Lock i innych reagentów Geodur wynosi 357 Mg/rok oraz cementu 1734 MG/rok. Odwołujący

wskazał, nie kwestionując danych w tabeli znajdującej się na str. 93 oferty, dane te dotyczą zużycia powyższych mediów w odniesieniu do łącznej ilości przekształconych termicznie odpadów, czyli innymi słowy mówiąc do spalanych odpadów, podczas gdy w formularzu oferty wykonawcy mieli podać wielkości jednostkowego zużycia tych mediów w odniesieniu do przetwarzanych pozostałości. Tym samym zamawiający drogą wyjaśnień spowodował zmianę wcześniej przyjętego w SIWZ kryterium zamieniając odniesienie z: *„przetwarzanych pozostałości"* na odniesienie do: *„spalanych odpadów".* Takie działanie zamawiającego pozostaje w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z art. 91 ust. 1 Pzp i jako takie nie korzysta z ochrony. Po otwarciu ofert niemożliwa jest zmiana kryteriów oceny ofert, a do tego sprowadza się działanie zamawiającego. Ponadto, w złożonej ofercie nie zachodziła żadna niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odwrotnie, odwołujący, zgodnie z żądaniem zamawiającego podał w pkt 4.1.2 formularza nr 1a dane odnoszące się, jak wymagał tego zamawiający w przygotowanym przez siebie formularzu, do przetwarzanych pozostałości; pojęcie *„przetwarzane pozostałości"* obejmuje popioły lotne z kotła, pyły i produkty reakcji z procesu oczyszczania spalin - z lejów popiołowych filtra tkaninowego - jak wskazuje sam zamawiający w kolumnie 2 pkt 4.1.2 formularza 1 a do SIWZ. Pod pojęciem spalanych odpadów należy zaś rozumieć łączną ilość przekształconych termicznie odpadów. Pojęcia te nie są tożsame, podczas bowiem gdy pierwsze odnosi się tylko do przetworzonej części w postaci pyłów lotnych, drugie dotyczy łącznie ilości wszystkich odpadów. Zamawiający wzywając wykonawcę do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 naruszył ten artykuł, bowiem nie zaistniały przesłanki do wzywania wykonawcy do poprawienia omyłki, bowiem nie zachodziła żadna niezgodność złożonej oferty z SIWZ. Działanie zamawiającego doprowadziło w konsekwencji także do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, bowiem w konsekwencji poprawek dokonano zmiany jednego z podkryteriów oceny ofert.
- złożone przez odwołującego na wezwanie zamawiającego oświadczenie o braku wyrażenia zgody na poprawienie omyłki w sposób wskazany przez zamawiającego z jednoczesnym wskazaniem na oczywistą omyłkę popełnioną w ofercie nie ma, wobec bezprawności działania zamawiającego żadnego znaczenia prawnego i jako takie nie może być podstawą odrzucenia oferty odwołującego.
(2) w zakresie oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie:
- nie zostały spełnione wymogi udziału w przetargu w zakresie potencjału technicznego, przedstawione w Rozdziale V art. 2 punkt 3 „Wymogi dotyczące Ekspertów" w SIWZ, ponieważ w załączniku 6 nie wymieniono eksperta nr 3 - kierownik budowy. Jak wynika ze

strony 77 oferty, pole dotyczące eksperta nr 3, kierownik budowy, nie zostało uzupełnione. Zamawiający zwrócił się o uzupełnienie brakujących dokumentów dotyczących osoby proponowanej na stanowisko kierownika budowy. W wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na pismo zamawiającego z 06.06.2012 r., wykonawca, opatrując swoje pismo datą 16.04.2012 r., dokonał stosownych wyjaśnień.
- pismo datowane na dzień 16.04.2012 r. nie może być odpowiedzią na pismo z dnia 6.06.2012;
- w wyjaśnieniach wskazano jako kandydata na stanowisko kierownika budowy pana Zbigniewa Wiegner, przedstawiając dla udokumentowania spełnienia warunku wymaganego przez zamawiającego inwestycję polegającą na Budowie elektrowni atomowej w Finlandii, której planowane otwarcie przewidziano na 2014 r. (dane z oficjalnej strony zamawiającego). Inwestycja nie może być powoływana z uwagi na fakt jej niezakończenia. Odwołujący zwrócił uwagę na brzmienie wymagania zamawiającego zawartego w Rozdziale V pkt 3 SIWZ (lit c): „Specjalista *nr 3 (Kierownik Budowy) - niniejsza osoba ma posiadać następujące doświadczenie i kwalifikacje:* „co *najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego oraz doświadczenie w co najmniej dwukrotnym pełnieniu funkcji Kierownika Budowy podczas procesu budowlanego, obejmującego roboty budowlane i uruchomienie, dotyczące budowy obiektów zaliczanych zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 roku, w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (Dz. U. 1999 Nr 112 poz. 1316 z późn. zm.) do kategorii 2302, 2303 lub 2304, o wartości co najmniej 280 min zł brutto każda".*
- z uwagi na fakt, że w informacjach dotyczących doświadczenia pana Zbigniewa Wiegner widniały jedynie 2 inwestycje, stąd jeśli jedna z nich nie spełnia wymaganych wymagań, to wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a ponieważ był już wzywany do uzupełnienia tych informacji - nie może ponownie uzupełnić tego dokumentu. Konsekwencją winno być wykluczenie tego wykonawcy i uznanie jego oferty za odrzuconą;
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie nie udostępnili załącznika nr 15 do swojej oferty, zawierającego dane dotyczące zużycia wody. Nie jest zatem pewne, czy podano w ofercie jej zużycie. Fakt niepodania kosztów zużycia wody powoduje brak możliwości zweryfikowania (obliczenia) operacyjnych kosztów zmiennych w kryterium nr 4.1.2. To stanowisko znajduje odzwierciedlenie w piśmie zamawiającego z dnia 13.06.2012 r., gdzie zamawiający poinformował o poprawieniu oczywistej omyłki w zakresie dwóch reagentów: cement i Trace Lock, co prowadzi do wniosku, że nie zaoferowano wody.

(3) w zakresie oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV:
- wykonawcy mieli przyjąć w swojej ofercie następujące założenia odnośnie strumienia energii wody zasilającej (odpowiedź na pytanie nr 124) - *130º C.* Z analizy części odtajnionej oferty Budimex (str. 261 oferty pkt 2.2.1 *Wartości projektowe dla kotła)* wynika, że temperatura wody zasilającej kocioł wynosi 140ºC. Parametr ten rzutuje na parametry pracy kotła i stąd był dla zamawiającego tak istotny. Wskazana wartość w ewidentny sposób jest sprzeczna z wymaganiami zamawiającego i stąd oferta jako sprzeczna z SIWZ winna być odrzucona.
- pominięto wskazanie danych wymaganych w załączniku nr 12 do SIWZ, w rzeczywistości w punkcie 4.1.2, dotyczącym wyszczególnienia danych związanych z podstawowym zużyciem, takich jak zużycie wody niezbędnej do prawidłowego stosowania technologii Geodur przewidzianej przez tych wykonawców. Nie może być argumentem podanie jedynie wody dla całej instalacji, ponieważ niewyszczególnienie jej w pkt 4.1.2. uniemożliwia obliczenie kosztów eksploatacji w tym kryterium;
- W formularzu 1b „Gwarantowana *moc elektryczna brutto (wytworzona)"* podano dane dotyczące produkcji energii elektrycznej niezgodne z tymi zadeklarowanymi w wyszczególnieniu 2.4.1. W formularzu stanowiącym załącznik nr 1 b, gdzie podano *Gwarantowaną moc elektryczną brutto dla instalacji przy średniorocznej temperaturze otoczenia równej + 9 C* podano w warunkach badania 1 moc równą WG 2-1 równą 6,32, natomiast w warunkach badania 2 - moc równą WG 2-2 równą 4,10. Natomiast w załączniku nr 1 a w pkt 2.4.1 podano inne wartości, a mianowicie 6,25 (dla 1b) i 4,09 (dla 2b). Konieczne

odniesienie do tych właśnie punktów wynika z przyjętych w załączniku nr 12 do SIWZ założeń, gdzie zewnętrzna temperatura powietrza równa + 9 C oznaczona została jako warunki b;
(4) w zakresie oceny Mostostal Warszawa SA w Warszawie
- wykonawca podał w załączniku nr 1 a w pkt 2.6.2 w lit a) tiret drugie w odniesieniu do szerokości podestów „włazy *inspekcyjne na poziomach wszystkich włazów inspekcyjno-remontowych, komory dopalania i ciągów kotła odzyskowego"* wielkość 0,08 m, co stoi w sprzeczności z § 108 pkt 2) *Obwieszczenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 sierpnia 2003 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy.* Tym samym oferta złożona przez Mostostal Warszawa SA w Warszawie jest sprzeczna z obowiązującymi przepisami i jako taka powinna być odrzucona

(5) w zakresie oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon:
- w zawiadomieniu o wynikach postępowania zamawiający wskazał niepełne podstawy odrzucenia oferty, podczas gdy w istocie wykonawcy popełnili w złożonej ofercie znacznie więcej błędów, niż wykazał to zamawiający. I tak w podstawach odrzucenia oferty nie znalazły się podstawy:
- stanowiąca wcześniejszą przesłankę do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H. Cegielski - Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon z postępowania - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp z uwagi na złożenie wadliwego dokumentu odnoszącego się do osoby Jakoba Stiefel, który ma miejsce zamieszkania w Wielkiej Brytanii, a nie w Szwajcarii, z którego to państwa pochodzi dokument dotyczących karalności tej osoby;
- stanowiąca wcześniejszą przesłankę do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 z uwagi na: niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganego doświadczenia. Wykonawca załączył do oferty dokumenty pochodzące od podwykonawcy użyczającego doświadczenia, który samodzielnie potwierdził, że wykonał te prace, podczas gdy ich wykonanie winno być potwierdzone referencjami pochodzącymi od osób trzecich. Wykonawcą tych prac była Hera, a zamawiającym Hera Ambiente. Stąd można mieć wątpliwości czy jest to zamówienie czy też wewnętrzne zlecenie pomiędzy dwoma firmami powiązanymi ze sobą. Wątpliwości budzi także opisany zakres prac. Z opisu nie wynika czy praca obejmowała łącznie (str. 203 oferty) segment spalania z paleniskiem rusztowym, segment odzysku ciepła i wytwarzania pary przegrzanej i segment oczyszczania spalin - brak informacji na temat minimalnych parametrów po budowie lub modernizacjach;
- niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganego potencjału ekonomiczno-finansowego (50 mln) z uwagi na fakt przedstawienia w ofercie dokumentu niebędącego w istocie informacją z banku, lecz pochodzącego od towarzystwa inwestycyjnego, który nie potwierdza ani wysokości posiadanych środków, ani zdolności kredytowej, lecz jedynie przedstawia wycenę wartości środków zgromadzonych w jednostkach uczestnictwa;
- niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganego potencjału kadrowego w odniesieniu do przedstawionej kandydatury na stanowisko kierownika budowy. Osoba zaproponowana na to stanowisko ma jedynie roczne studia/naukę na Politechnice; wcześniej była kierowcą ciężarówki, natomiast obecnie jest majstrem (monterem) instalacji;

- stanowiąca przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako niezgodnej z ustawą z uwagi na sprzeczność załączonej umowy o współpracy, z której wynika, że Hera będzie podwykonawcą Stiefel w zakresie m. in. koordynacji projektowania, koordynacji technicznej projektu i nadzoru nad robotami budowlanymi z deklaracją zawartą w ofercie a dotyczącą zakresu prac, jaki będzie powierzony podwykonawcom, w którym

widnieją jedynie prace ogólnobudowlane, instalacje elektryczne, AKPiA i wizualizacje. Oferta zatem jest wewnętrznie sprzeczna i niejednoznaczna i jako taka winna zostać odrzucona;
- stanowiąca przesłankę do wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium, z uwagi na przedstawienie w dokumencie wadialnym zawężonej listy przesłanek zatrzymania wadium. Zgodnie z tym dokumentem przywołano postanowienia rozdziału V pkt 9 SIWZ jako podstawy wezwania do uzupełnienia dokumentów zamiast art. 26 ust. 3 Pzp. Powołany w treści dokumentu wadialnego pkt 9 Rozdziału V SIWZ odnosi się do załączania do oferty innych dokumentów niż wymagane przez zamawiającego. Ponadto wykonawca ograniczył prawo zamawiającego do zatrzymania wadium do przypadku gdy: „Wykonawca *spowodował, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy".* Przepis ustawy Pzp jest sformułowany inaczej i odnosi się nie do działania wykonawcy (spowodował), lecz do obiektywnej niemożliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przepis Pzp nie odnosi się zatem wyłącznie do działania wykonawcy, lecz również do wszelkich zaniechań. Tym samym dokument wadialny jest wadliwy, co winno spowodować wykluczenie wykonawcy z postępowania.
- stanowiąca przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp z uwagi na niezgodność z SIWZ lub ustawą z uwagi na podanie w formularzu stanowiącym załącznik nr 1 a następujących danych:
a) Kryterium 2.2.1. wykonawca podał, że liczba niezależnych stref regulacji dopływu powietrza pierwotnego wzdłuż pokładu rusztu wynosi 5. W kryterium 2.2.2 Wykonawca podał, że liczba stref rusztu o możliwości zróżnicowanego regulowania prędkości przemieszczania odpadów wzdłuż pokładu rusztu wynosi 14. Oba te kryteria są ze sobą powiązane i z logicznego i technicznego punktu widzenia wartości zadeklarowane przez Wykonawcę są niemożliwe do spełnienia. Liczba stref rusztu o możliwości zróżnicowanego regulowania prędkości przemieszczania odpadów wzdłuż pokładu rusztu nie może być wyższa z powodów konstrukcyjnych od liczby niezależnych stref regulacji dopływu powietrza pierwotnego wzdłuż pokładu rusztu. Potwierdza to treść ofert wszystkich innych oferentów.
b) Kryterium 2.2.3: Podana wartość musi być wartością całkowitą (ilość poziomów). Wykonawca podał wartość „1,5 poziomu".
c) Kryterium 3.1.1 i 3.1.2: Zadeklarowane wartości nadwyżki godzinowej: 1800 godzin i 200 godzin nie są ze sobą współzgodne i się nawzajem wykluczają. Oznacza to, że

wykonawca gwarantuje, pracę spalarni w trybie nieprzerwanym dłużej niż zagwarantowaną dostępność.
d) Kryterium 4.1.2: Wykonawca podał wykaz środków chemicznych potrzebnych do oczyszczania gazów, a nie wykaz środków potrzebnych do stabilizacji popiołów lotnych i pozostałości z kotła.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podzielił zarzut dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego.

Biorąc pod uwagę podniesione w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie zarzuty, odwołanie podlega oddaleniu. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

(1) w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie:

Zamawiający podstawą odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie uczynił brak *zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,* w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (pismo zamawiającego z dnia 17 lipca 2012 r. o odrzuceniu oferty oraz rozstrzygnięciu postępowania).

Powyższa czynność zamawiającego została poprzedzona informacją zamawiającego z dnia 13 czerwca 2012 r. kierowaną do odwołującego o poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie:

1) załącznika 1 a – Tabela danych do kryterialnych ocen punktowych oferty, kryterium 4.1.2 kolumna „Parametr kryterialny". Przed poprawieniem omyłki: „Cement > 340 kg/Mg". Po poprawieniu omyłki: Cement > 18,44 kg/Mg spalanych odpadów "
2) Załącznik 1a – Tabela danych do kryterialnych ocen punktowych oferty, kryterium 4.1.2, kolumna „Parametr kryterialny". Przed poprawieniem omyłki: „Trace Lock i inne odczynniki Geodur > 70 kg/Mg". Po poprawieniu omyłki: „Trace Lock i inne odczynniki Geodur: > 3,80 kg/Mg spalanych odpadów "

Zamawiający podał również źródło tak ustalonej niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wskazując, iż „powyższa *korekta została dokonana*

w oparciu o informację przedstawiona w tabeli na str. 92 oferty Wykonawcy, gdzie podano zużycie Trace Lock i innych reagentów Geodur w ilości 357 Mg/rok oraz zużycie cementu w ilości 1734 Mg/rok Wartości te korespondują jednocześnie z liczbami podanymi przez wykonawcę w Załączniku 1a w kryterium 4.1.2 podanych w jednostce kg/Mg przetworzonych odpadów ." Końcowo, zamawiający, stosownie do regulacji art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, *poprocesowych* wezwał odwołującego do „wyrażenia *zgody na dokonanie poprawienia ww. omyłek w terminie 3 dni od otrzymania niniejszej informacji".*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący w dniu 15 czerwca 2012 r. podał, że w odniesieniu do cementu wyraża zgodę na poprawienie omyłki w zaproponowany sposób; natomiast w zakresie drugiego punktu dokonanej poprawy wskazał: „Geodur *(Trace Lock) – informujemy, że nie możemy zaakceptować zaproponowanej zmiany z 70 kg/Mg na 3,8 kg/Mg spalanych odpadów, wynikającej z dokonanego przez Zamawiającego przeliczenia. Powodem braku możliwości akceptacji poprawki dotyczącej Trace Lock i innych odczynników Geodur jest fakt, iż zadeklarowana przez nas wielkość 70 kg/Mg w na 3,8 kg/Mg odpadów poprocesowych została podana omyłkowo, obarczona jest zatem oczywistą omyłką pisarską. Poprawna wartość powinna wynosić 70 dag/Mg czyli 0,70 kg/Mg przetworzonych odpadów poprocesowych, a zatem prawidłowa wielkość po przeliczeniu wynosić powinna 0,033 kg/Mg spalonych odpadów. Prosimy zatem o uwzględnienie powyższego i poprawienie w naszej ofercie: 1) na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp – oczywistej omyłki pisarskiej, poprzez zmianę podanego zużycia z 70 kg/Mg na 0,7 kg/Mg, a następnie 2) na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp – innej omyłki, poprzez dokonanie stosownego przeliczenia według przyjętej przez Zamawiającego zasady i przyjęcie ostatecznego zużycia w ilości 0,038 kg/Mg spalonych odpadów."*

Biorąc pod uwagę opisane czynność zamawiającego stanowiącą dokonaną poprawę niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wraz z wezwaniem odwołującego do wyrażenia zgody na tę poprawę, a następnie wyraźnie wyartykułowany w piśmie z 15 czerwca 2012 r. brak zgody na dokonaną poprawkę, kwestionowaną w odwołaniu czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy uznać należało za prawidłową.

Zamawiający, dokonując w dniu 13 czerwca 2012 r. poprawienia oferty w opisanym wyżej zakresie i komunikując powyższe wykonawcy złożył oświadczenie, w ramach którego ocenił ofertę w części objętej treścią pisma jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz podlegającą poprawieniu w sposób w tym piśmie opisany.

To oświadczenie, z momentem dotarcia do wykonawcy wywołało skutek w postaci możliwości nie wyrażenia przez wykonawcę zgody w terminie 3 dni na dokonaną poprawę. Odwołujący, w ustawowo zakreślonym, trzydniowym terminie złożył oświadczenie

o niewyrażeniu zgody na dokonanie poprawienia omyłki w sposób zaprezentowany w piśmie zamawiającego. Odwołujący nie złożył przy tym odwołania wobec dokonanej poprawy, poprzestając na zaprezentowaniu argumentów, przemawiających za przyjęciem przez zamawiającego niewłaściwej, w ocenie odwołującego, metodologii poprawy.

Wykonawca, którego oferty dotyczyła tak dokonana poprawa, mógł zatem zgodzić się na jej dokonanie, odmówić takiej zgody, lub – nie zgadzając się z podstawami oceny w przedmiocie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - złożyć wobec tak dokonanej, w ocenie wykonawcy niewłaściwej poprawy, odwołanie, zachowując –

w myśl art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy, wymagany dziesięciodniowy termin. Wykonawca, który takiego odwołania nie złożył w ustawowym terminie, a wyraził brak zgody na dokonaną poprawę podejmując jednocześnie wobec zamawiającego polemikę z podstawami oceny w przedmiocie niezgodności jego oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zdał się w tym zakresie na zamawiającego, utracił jednakże możliwość zwalczania samej podstawy odrzucenia jego oferty, jakim jest wcześniejsza czynność zamawiającego z 13 czerwca 2012 r. polegająca na poprawieniu omyłki w ofercie, co do której wyraził brak zgody.

Poza sporem jest, że odwołujący w piśmie z 15 czerwca 2012 r. nie wyraził zgody na dokonanie w pkt 2, dotyczącym zużycia Trace Lock poprawy jego oferty. Brak takiej zgody jest jednoznaczny.

Oświadczenie w przedmiocie nie wyrażenia zgody na dokonaną na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawę oferty wywołuje skutek wprost w ustawie określony, niezależny od oceny i dalszych czynności wykonawcy czy zamawiającego. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy określa konsekwencje takiego niewyrażenia zgody, stanowiąc, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Skoro zatem wykonawca nie zgodził się na dokonane przez zamawiającego poprawienie omyłki, następstwem braku tej zgody wynikającym ze wskazanego przepisu jest odrzucenie jego oferty.

Wbrew tezie zawartej w odwołaniu – czynność dokonanej poprawy nie może przy tym uznana za bezskuteczną wobec jej niezasadności. Brak jest podstaw do przyjęcia, że ewentualnie bezpodstawnie lub nieprawidłowo dokonana czynność poprawienia omyłki w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest z mocy prawa nieważna czy bezskuteczna. Zasadność lub nie takiej poprawy a następnie wezwania do wyrażenia zgody na jej dokonanie mogła być bowiem badana na zarzut podniesiony w odniesieniu do tej czynności w formie odwołania. To zaś przysługiwało w ciągu dziesięciu dni liczonych od czynności zawiadomienia przez zamawiającego odwołującego o dokonanym poprawieniu

omyłki. Odwołujący z tej możliwości nie skorzystał w ustawowym terminie, co powoduje, że na obecnym etapie zarówno zamawiający jak i Krajowa Izba Odwoławcza w ramach sprawowanej w postaci środków ochrony prawnej kontroli czynności i zaniechań zamawiającego są związani tak dokonanymi czynnościami. Brak jest przy tym podstaw do rewidowania czynności poprawienia w dniu 13 czerwca 2012 r. przez zamawiającego omyłki. O ile wykonawcy przysługuje odwołanie w związku z odrzuceniem jego oferty (co nastąpiło 18 lipca 2012 r.), to nie oznacza to możliwości rewidowania podstaw tego odrzucenia, które wynikają z wcześniejszych czynności zamawiającego oraz samego wykonawcy (jego dokonany w dniu 15 czerwca 2012 r. brak zgody na poprawienie omyłki), które na obecnym etapie są definitywnymi – wobec niezakwestionowania ich w ustawowo określonym terminie i trybie.

Z tych powodów, czynność odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie jako znajdująca podstawę w uprzednim jednoznacznym braku zgody odwołującego na dokonanie poprawienia omyłki w jego ofercie stanowi nieuniknione, ustawowo określone następstwo niewyrażenia zgody na poprawienie omyłki. Kwestionowaną w odwołaniu czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy należy uznać w tych okolicznościach za prawidłową.

W zakresie, w jakim argumentacja zamieszczona w odwołaniu stanowi polemikę z podstawami poprawienia omyłki w ofercie – zarzuty należało uznać za spóźnione. Dotyczy to znaczącej części rozważań zawartych na str. 4 odwołania dotyczących rozumienia spalanych odpadów, przetwarzanych pozostałości – co wyraźnie nawiązuje do informacji zamawiającego o dokonanej poprawce, zwieńczonych wnioskiem, iż „zamawiając *wzywając wykonawcę do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 naruszył ten artykuł, ponieważ nie zaistniały przesłanki do wzywania wykonawcy do poprawienia omyłki, bowiem nie zachodziła żadna niezgodność złożonej oferty z SIWZ. Działanie zamawiającego doprowadziło w konsekwencji także do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, bowiem*

w konsekwencji poprawek dokonano zmiany jednego z podkryteriów oceny ofert (…).” Jak wskazano wcześniej, tego rodzaju argumentacja mogła i powinna być podnoszona w odniesieniu do czynności poprawienia omyłki i wezwania do wyrażenia na jej dokonanie zgody przez wykonawcę, w ciągu 10 dni od tej czynności (art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy).

Nie stanowi potwierdzenia zasadności stawianego w powyższej mierze zarzutu fakt przyznania przez zamawiającego jego zasadności - Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana takim stanowiskiem zamawiającego, o czym szerzej w pkt III.2 uzasadnienia (str.

22-26 uzasadnienia).

Powyższe decydowało o nieuznaniu zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 7 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

(2) w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawców się o zamówienia publicznego INTEGRAL wspólnie ubiegających udzielenie Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie z powodu niewykazania dysponowania odpowiednią osobą na stanowisko kierownika budowy:

Odwołujący powyższy zarzut kieruje w odniesieniu do jednej z osób podanych w wykazie osób złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie w uzupełnieniu złożonego w ofercie wykazu, w dniu 16 kwietnia 2012 r.

Zarzut został sformułowany w oparciu o zastrzeżenia kierowane wobec jednej osoby, podczas gdy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie podali dwie osoby.

Dostrzeżenia wymaga, że wskazanie konkretnych osób oraz ich opisów zawodowych, wykształcenia oraz posiadanego doświadczenia dokonywane jest przez wykonawcę w celu wykazania postawionego warunku udziału w postępowaniu. Zatem obie osoby podane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie w uzupełnionym wykazie osób należało rozpatrywać jako podane w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Skoro odwołujący stawia zarzuty jedynie wobec jednej z dwóch podanych osób, do drugiej w odwołaniu się nie odnosząc, należało uznać, że nie kwestionuje kwalifikacji i doświadczenia drugiego kandydata wskazanego na stanowisko kierownika budowy. Powyższe czyni postawiony zarzut nieuzasadnionym, wobec niezakwestionowania drugiej osoby. Nie mogła przy tym być brana pod uwagę argumentacja podniesiona dopiero na rozprawie w odniesieniu do drugiej osoby – w istocie stanowiła ona niedopuszczalne, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy, rozszerzenie zarzutów odwołania.

Niezależnie od powyższego, dostrzeżenia wymaga, że także w zakresie pierwszej wskazanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie na stanowisko kierownika budowy osoby, odwołujący nie wykazał niespełnienia warunku. Odwołujący wskazywał w powyższym

zakresie, że doświadczenie osoby nie może być uznane, bowiem inwestycja wskazana dla potwierdzenia doświadczenia, to jest Budowa elektrowni atomowej w Finlandii nie spełnia postawionego warunku w części dotyczącej pełnienia funkcji Kierownika Budowy podczas procesu budowlanego obejmującego roboty budowlane oraz uruchomienie budowanego obiektu, skoro z zawartości strony internetowej odbiorcy zadania wynika, że otwarcie elektrowni nastąpi dopiero w 2014 r.

Nie podzielono powyższej argumentacji odwołującego, uznając że wymagane w treści postawionego warunku pełnienie funkcji Kierownika Budowy również w trakcie uruchomienia obiektu nie jest tożsame z jego otwarciem, zaś przy tak złożonych inwestycjach jak budowa elektrowni, okres od uruchomienia do otwarcia obiektu, jego pełnego użytkowania może być

relatywnie długi.

Nie podzielono także argumentacji odwołania, zgodnie z którą wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie nie wyczerpali wymagań stawianych w treści art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na złożenie wyjaśnień w powyższym zakresie, datowanych na 16 kwietnia 2012 r. Jak wynika natomiast z dokumentacji postępowania, zamawiający pismem z dnia 6 czerwca 2012 r. wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt I.1 wezwania dotyczy specjalisty nr 3, tj. Kierownika Budowy), wskazując, że w wykazie osób które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia (zał. 6 a do specyfikacji) osoba nie została wykazana, tym samym nie zostało dla niej wykazane wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia doświadczenie. W odpowiedzi, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, wraz z pismem z dnia 15 czerwca 2012 r. złożyli uzupełniony wykaz osób datowany na 16 kwietnia 2012 r., w którym podane zostały dwie osoby.

Biorąc pod uwagę argumentację prezentowaną przez odwołującego, dostrzeżenia wymaga, że nie ma przeszkód do uznania, że ewentualne uzupełnione dokumenty mogą być wystawione już po upływie wyznaczonego terminu na składanie ofert, jeśli tylko potwierdzają spełnianie warunków na konkretny, wskazany przez ustawodawcę i jednolity dla wszystkich wykonawców termin – najpóźniej na dzień składania ofert. Ustawodawca w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazał bowiem, iż mogą to być jedynie dokumenty wystawione przed upływem terminu składania ofert. Zarówno z literalnego brzmienia ww.

przepisów, jak też z celu, w jakim została wprowadzona regulacja z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. odformalizowania postępowania, dopuszczenia by wykonawcy, którzy złożyli oferty korzystne cenowo i merytorycznie na usunęli uchybienia w oznaczonym ustawą zakresie, wynika, że dokumenty uzupełniane w tym trybie mogą być oznaczone datą późniejszą niż termin składania ofert – istotne jest wykazanie spełniania warunku na określony dzień, zatem decyduje treść dokumentu, a nie data jego wystawienia. Oczywiste jest bowiem, że jeżeli wykonawca nie posiadał danego dokumentu na dzień składania ofert i ubiega się o taki dokument w wyniku wezwania przez zamawiającego, to dokument ten będzie oznaczony datą późniejszą niż termin składania ofert. Data ta jednak, jak wskazano powyżej, pozostaje bez znaczenia dla skuteczności uzupełnienia dokumentu, jeżeli potwierdza on w swej treści spełnianie warunku na dzień składania ofert. Przyjęcie odmiennego stanowiska w tym zakresie byłoby sprzeczne z celem ustawodawcy, tj. ograniczenia sytuacji konieczności wykluczenia wykonawców z postępowania z powodów formalnych. (tak też wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 31/10, z dnia 26 stycznia 2011 r. KIO 72/11, 27 maja 2011 r. w spr. KIO 1013/11).

Złożony w uzupełnieniu wykaz osób czyni zadość powyższym wymaganiom.

Stąd w oparciu o argumentację prezentowaną w odwołaniu, nie sposób było przyjąć, by odwołujący wykazał zasadność stawianego w tej mierze zarzutu, co determinowało uznanie niepotwierdzenia zarzutów wskazujących na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie.

(3) w zakresie zarzutu – podniesionego „z ostrożności procesowej" niepodania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie zużycia wody w ofercie:

Uwzględniając powyższy zarzut, postawiony w oparciu o nieznaną odwołującemu (utajnioną) zawartość oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, dostrzeżenia wymaga – po pierwsze – że odwołujący nie stawia w powyższym zakresie skonkretyzowanego zarzutu

naruszenia przepisu ustawy, jak również wniosku co do rozstrzygnięcia w tej mierze, poprzestając na ogólnym wniosku, że skoro w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH w Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie utajniono załącznik nr 15a zamawiający dokonał poprawienia oczywistej omyłki w ofercie tych wykonawców

w zakresie dwóch reagentów (cement oraz Trace Lock), to wykonawcy nie zaoferowali wody.

Po drugie, w świetle kształtu i brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności treści załącznika nr 12 oraz 1 a – rzeczą wykonawców było podanie reagentów oraz stabilizatorów oraz substancji zestalających. Zamawiający nie zdefiniował tych kategorii, także wykonawcy nie zadawali pytań w powyższym zakresie. śadna ze stron i uczestników postępowania zainteresowanych wykazaniem tej okoliczności nie wykazała, że woda mieści się w ramach pojęć reagent, stabilizator czy substancja zestalająca. Bezspornym między stronami było, że woda jest koniecznym składnikiem w procesie zestalania i stabilizacji odpadów w procesie opartym na technologii Geodur. Stanowi ona swego rodzaju rozpuszczalnik używany wraz z dwoma innymi, niezbędnymi składnikami w procesie opartym na technologii Geodur, to jest cementem oraz Trace Lock. Bezspornym było także, że samo stosowanie technologii Geodur wymaga zastosowania cementu oraz Trace Lock, przy czym ten ostatni jest produktem objętym patentem, który sprzedawany jest w niejednolitym, zależnym od potrzeb w danej sytuacji składzie. Zamawiający natomiast tłumaczył uznanie za poprawnie opisanych ofert, w których w załączniku 1 a, w pozycjach 4.1.2 nie podano wody tym, że każdorazowo zaoferowanie technologii Geodur, to jest opartej na zastosowaniu Trace Lock oraz cementu wymaga takiej samej ilości wody, zatem nie było konieczne wskazywanie jej w załączniku 1 a w pozycji 4.1.2, bowiem dla każdego z wykonawców, który zaoferował rozwiązanie oparte na tej technologii, wartość ta jest jednakowa i nie różnicuje kosztów eksploatacyjnych (Grupa kryterium podstawowego *„Koszty związane z eksploatacją instalacji (KE)”)* traktowanych jako operacyjne koszty zmienne, wskazywanych w kategorii jednostkowego zużycia poszczególnych reagentów oraz materiałów stabilizujących i zestalających wykorzystywanych w procesie przetwarzania i przygotowania do składowania/unieszkodliwiania pozostałości poprocesowych (popiołów lotnych z kotła, oraz pyłów i produktów reakcji z procesu oczyszczania spalin z lejów popiołowych filtra tkaninowego) – poz. 4.1.2 formularza. Podzielono powyższą ocenę zamawiającego, biorąc pod uwagę, że istotnie, dziewięciu wykonawców zaoferowało rozwiązanie oparte na technologii Geodur (jedynie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie), przy czym wykonawcy oferujący to samo rozwiązanie wykazali dalece rozbieżne podejścia w kwestii wody, co także potwierdza, że znaczenie wody jako reagenta nie stanowi kwestii tak jednoznacznej.

Po trzecie, odwołujący nietrafnie założył, że w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie

nie zostały podane informacje na temat zużycia wody. Tymczasem w ofercie na str. 1_2 znajdują się informacje na temat zużycia wody, co czyni powyższy zarzut, nieuzasadnionym.

Stąd także i ten zarzut nie mógł być uwzględniony.

(4) w zakresie zarzutu przyjęcia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV niewłaściwych założeń odnośnie energii wody zasilającej kocioł:

Odwołujący stawiając powyższy zarzut wskazuje, że obowiązkiem wykonawców, w związku z odpowiedzią na pytanie nr 124 z dnia 20 lutego 2012 r. było przyjęcie temperatury wody zasilającej 130ºC, podczas gdy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV przyjęli temperaturę 140ºC (str. 261 oferty).

Poddając analizie powyższy zarzut dostrzeżenia wymaga, że zamawiający dopuścił

parametry nie gorsze niż wymagane w odpowiednich postanowieniach Programu Funkcjonalno – Użytkowego. Zamawiający wyjaśnił także na rozprawie relację temperatury wody zasilającej kocioł oraz pary przegrzanej na wylocie z przegrzewacza, wskazując, iż wyższa temperatura wody zasilającej kocioł generuje wyższą temperaturę pary na wylocie, co oznacza uzyskanie korzystniejszych parametrów pracy kotła. Niewątpliwie, wyższą temperaturę pary (np. 420ºC) zamawiający wprost dopuścił w zastrzeżeniu uczynionym w pkt 1.10.1.4.1. Programu Funkcjonalno – Użytkowego. Dopuszczenie wyższej temperatury pary jest równoznaczne z uzyskaniem wyższej temperatury wody zasilającej kocioł. Tezę powyższą potwierdza brzmienie pkt 1.10.1.4.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego, w którym zaakcentowano doniosłe znaczenie kotła parowego w projektowanej spalarni, podając, że podstawowym urządzeniem nowego Bloku będzie kocioł parowy współpracujący z paleniskiem opalanym odpadami komunalnymi, przy czym parametry procesowe pracy i konstrukcyjne kotła parowego dobierze Wykonawca dla poprawnej współpracy z paleniskiem i zadanego zakresu ilości i wartości opałowej odpadów, przy czym nie będą one gorsze niż: „szacunkowa *wydajność pary 31,5 M/h; ciśnienie pary na wylocie z przegrzewacza 41 bar (a), tolerancja ciśnienia pary na wylocie z przegrzewacza +/- 0,5 bara, temperatura pary na wylocie (w zakresie obciążeń 70÷110%) 400ºC, temperatura wody zasilającej 120ºC, znamionowa sprawność brutto (dla WMT) (stan po 1000÷1200 h od rozruchu ze stanu zimnego kotła czystego) > 82%, temperatura spalin wylotowych 120h÷160ºC".* W pkt tym podano przy tym wyraźnie, że: „Zamawiający *dopuszcza wyższe parametry pary (np. 420ºC) pod warunkiem zagwarantowania wymaganej dyspozycyjności Bloku oraz żywotności przegrzewaczy i wskazanych przedziałów tolerancji parametrów pary przegrzanej."* Zamawiający zastrzegł także w zakresie temperatury pary, że układ regulacji temperatury pary świeżej należy zaprojektować tak, by w całym zakresie przewidywanej

zmienności obciążenia możliwe było utrzymanie wartości temperatury i ciśnienia pary na wylocie z kotła w zadanych przedziałach tolerancji: p=40 $^{+/-0,05}$ [ºC] oraz T=400 $^{+/-}$ [ºC] przy zmianach mocy termicznej brutto = (70÷110)% mocy nominalnej (str. 61 Programu Funkcjonalno – Użytkowego). Zatem zamawiający dopuścił wyższą niż zasadniczo założone 400ºC (np. 420ºC) temperaturę pary, co konsekwencji oznacza uzyskanie wyższej temperatury wody zasilającej kocioł, zastrzegł przy tym że parametry procesowe pracy i konstrukcyjne kotła parowego dobrane przez wykonawcę dla poprawnej współpracy z paleniskiem i zadanego zakresu ilości i wartości opałowej odpadów nie mogą być gorsze niż podane przez zamawiającego, co w przypadku wody dotyczy temperatury nie niższej niż 120ºC.

Z powyższego wynika, że – po pierwsze – zamawiający pozostawił wykonawcom dobór szczegółowych parametrów pracy i konstrukcyjnych kotła, stosownie do przyjętego w konkretnej ofercie rozwiązania, oraz – po drugie - że dopuścił inne, korzystniejsze (wyższe) niż opisane przez siebie w Programie Funkcjonalno - Użytkowym parametry. W zakresie temperatury wody zasilającej kocioł – oznaczało to uzyskanie temperatury nie niższej niż 120ºC.

Zamawiający wyjaśnił także przekonująco, że wymaganie temperatury wody 130º C w odpowiedzi na zadane pytanie nr 124 postawiono, aby wyliczenia sprawności podawane przez wykonawców w punkcie 2.3.1 załącznika 1a były porównywalne. Chodziło zatem o dokonanie przeliczenia tej sprawności w warunkach porównywalnych. Powyższe potwierdza przywoływana przez odwołującego odpowiedź na pytanie 124, która odsyła zarazem do odpowiedzi na pytanie 105. Z obu tych odpowiedzi wynika, że chodzi o przyjęcie pewnych, jednolitych dla wszystkich wykonawców założeń, które pozwolą porównać oferty w zakresie kryteriów podlegających punktacji (załącznik 1a) – w odpowiedzi na pytanie 105 mówi się wyraźnie na wstępie, że „obliczenie *sprawności kotła odzyskowego dotyczy wyznaczenia tego parametru dla potrzeb oceny punktowej. Zamawiający oczekuje, że obliczenia te będą przeprowadzone metodą pośrednią dla stanu kotła czystego, a zgodnie z zapisami w tabeli kryteriów (załącznik Nr 12 do SIWZ – Kryteria oceny ofert, pozycja 2.3.1) wynik analitycznych obliczeń przeprowadzonych ma być przedłożony razem z analitycznym udokumentowaniem, w takiej postaci, aby na etapie oceny ofert możliwe było zweryfikowanie przedstawionego wyniku."* Podobnie, w odpowiedzi na pytanie 124 mówi się że dla potrzeb ujednolicenia warunków tych obliczeń i porównywalności uzyskanych wyników ustala się osłonę bilansową nie jak dla układu standardowego według normy PN EN 12952 – 15 lecz

z uwzględnieniem podanych przez zamawiającego warunków, w tym strumienia energii wody zasilającej z założeniem temperatury wody zasilającej 130ºC.

Z powyższego wynika zatem, że podanie na str. 261 oferty wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV temperatury wody zasilającej kocioł 140º C nie stanowi o niezgodności z oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w szczególności nie musi oznaczać, że w punkcie 2.3.1 załącznika 1a, zawierającym informacje podlegające ocenie podano parametr obliczeniowej sprawności termicznej kotła obliczony w warunkach odniesienia innych, niż wymagane przez zamawiającego dla porównania ofert (tutaj: temperaturze wody zasilającej).

Zamawiający nie stawiał przy tym wobec wykonawców obowiązku zaprezentowania szczegółowej ścieżki dojścia do deklarowanej w punkcie 2.3.1 obliczeniowej sprawności termicznej kotła. Analityczne udokumentowanie podawanych w tym pkt wartości oznacza, w świetle dalszych wymagań stawianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konieczność przedłożenia części technicznej oferty, która uwiarygodni oferowane w postępowaniu, a opisane w załączniku numer 1a parametry. Nie oznacza to jednak, że parametry podane w załączniku 1a muszą być dosłownie, w tych samych warunkach odniesienia zaprezentowane w dalszej części oferty.

Stąd uznano za niepotwierdzony stawiany w powyższej mierze zarzut niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

(5) W zakresie zarzutu pominięcia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV w załączniku nr 1 a, poz. 4.1.2 danych dotyczących zużycia wody niezbędnej do prawidłowego stosowania technologii Geodur:

Istotnie, we wskazanym zakresie podane zostały dane dotyczące zużycia cementu oraz reagentu Trace Lock. Jak ustalono w postępowaniu, woda jest niezbędnym składnikiem dla procesu zestalania i stabilizacji odpadów, stanowi swego rodzaju rozpuszczalnik niezbędnych dla tego procesu składników, tj. cementu oraz Trace Lock. Powyższe było niesporne między stronami, które nie kwestionowały potrzeby użycia wody w procesie opartym na technologii Geodur, a jedynie miały odmienną ocenę co do konieczności podawania jej w formularzu 1a, pozycji 4.1.2. uznano w powyższej mierze, iż wbrew ogólnej regule ciężaru dowodu, wykonawcy którzy dowodzili konieczności podania wody jako reagentA w procesie zestalania i stabilizacji odpadów nie wykazali tej okoliczności. Zamawiający natomiast wyjaśnił uznanie w ramach oceny ofert za poprawnie wymienionych załączniku 1a, w pozycjach 4.1.2 reagentów bez podania wody tym, że każdorazowo zaoferowanie technologii Geodur, to jest opartej na zastosowaniu Trace Lock oraz cementu wymaga takiej samej ilości wody, zatem nie ma konieczności wskazywania jej w załączniku

1a w pozycji 4.1.2, bowiem dla każdego z wykonawców, który zaoferował rozwiązanie oparte na tej technologii, wartość ta jest jednakowa i nie różnicuje kosztów eksploatacyjnych ujmowanych w *Grupie kryterium podstawowego „Koszty związane z eksploatacją instalacji (KE)”,* jako operacyjne koszty zmienne. Pojęcie reagenta nie zostało zdefiniowane na użytek przedmiotowego postępowania, nie było także przedmiotem pytań wykonawców. Zatem rzeczą wykonawców było, stosownie do zaoferowanej technologii podać wartości jednostkowego zużycia poszczególnych reagentów oraz materiałów stabilizujących i zestalających wykorzystywanych w danej technologii. Powyższe decydowało o uznaniu, że odwołujący – analogicznie jak w odniesieniu do zarzutu sformułowanego wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie nie wykazał, by w świetle treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV winni byli kwalifikować wodę

jako reagent, który należy podać w poz. 4.1.2 formularza 1, a w konsekwencji – że fakt nie podania TAM zużycia wody stanowi o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

(6) W zakresie zarzutu sprzeczności informacji w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV w załączniku 1a w poz. 2.4.1 oraz 1b, dotyczących gwarantowanej mocy elektrycznej brutto (wytworzonej):

Istotnie, w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV istnieją rozbieżne informacje w zakresie wartości gwarantowanej mocy elektrycznej brutto, zawarte na str. 8 i 31 oferty. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV wyjaśnili na rozprawie, że doszło do oczywistej omyłki między stroną 31, a stroną 8 oferty gdzie zawarte są dwie tabele, w których dane powinny być zbieżne. W zakresie mocy elektrycznej brutto zamiast 6.32 powinno być 6.25 zaś w zakresie mocy elektrycznej brutto w warunkach badania drugiego powinno być 4.09 w miejsce 4.10.

Jakkolwiek odwołujący nie stawia w powyższej mierze skonkretyzowanego zarzutu oraz sprzężonego z nim wniosku wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV, w tym w szczególności o nakazanie odrzucenia tej oferty, względnie dokonania jej poprawienia, to dostrzec należy, że opisana rozbieżność w treści oferty, składających się na nią dwóch załączników nie wywołuje negatywnych skutków dla wykonawcy. Zamawiający,

uznał w powyższym zakresie, że *zagwarantowanie w załączniku 1b wyższej produktywności instalacji w stosunku do zaoferowanej przez Wykonawcę w tabeli Załącznika 1a Kryteriów oceny ofert powoduje tylko przyznanie Wykonawcy mniejszej ilości punktów z tytułu tego parametru.* Na rozprawie zamawiający przy tym wyjaśnił, czemu nie zaprzeczono (w części dotyczącej analogicznego zarzutu stawianego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, zgodnie z którym powyższa rozbieżność powinna być wyjaśniona i poprawiona), że wobec zadeklarowania różnych wartości w obu formularzach przyjął dane ujęte w zał. 1a jako podlegające porównaniu według przyjętych kryteriów (i istotnie, temu celowi służy zawartość załącznika 1a), zaś te parametry, które wykonawca ujął w załączniku 1b uznał za wymagane do wykonania przez wykonawcę na etapie realizacji umowy. Zamawiający wyjaśnił także, że brak było możliwości poprawienia parametrów podanych w obu załącznikach celem sprowadzenia ich do stanu jednolitości, bowiem w dalszych dokumentach oferty nie znalazł punktów odniesienia, takich danych które pozwoliłyby przesądzić, prawidłowość jednych lub drugich parametrów, stąd przyjęte zostało podejście, że mniej korzystne dla wykonawcy dane, zawarte w załączniku 1a przyjęto do porównania ofert, a wyższe, podane w załączniku 1b parametry postanowiono egzekwować.

Powyższa ocena zamawiającego zasługuje na akceptację: zarówno dane zawarte w załączniku 1a jak i 1b stanowią deklaracje wykonawcy – wyrażają zobowiązania osiągnięcia w wyniku zaoferowanej technologii określonej wysokości parametrów istotnych z perspektywy zamawiającego. Te deklaracje, zgodnie z oświadczeniami wykonawcy zamawiający winien był brać pod uwagę, jeśli zostały one uwiarygodnione w dalszej części oferty – składającej się na nią części technicznej.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że w analizowanej sprawie nie mamy do czynienia z oferowaniem istniejącego przedmiotu, którego strona techniczna, szczegółowe rozwiązania oraz uzyskiwane wyniki są znane i przewidywalne w sposób pozwalający na ich dokładne podanie w postępowaniu. Postępowanie prowadzone jest w formule „zaprojektuj i wybuduj" a wykonawcy, nawet bazując na wcześniejszych doświadczeniach i przetestowanych rozwiązaniach (potwierdzonych, w zakresie zastosowanej technologii, poprzez wskazanie referencyjnych obiektów) podając w postępowaniu parametry, jakie zostaną osiągnięte w przyszłości, w istocie składają deklaracje, które w świetle ich wiedzy i wcześniejszych doświadczeń są założonymi do osiągnięcia, realnymi w warunkach oferowanego rozwiązania, których niedotrzymanie obwarowane zostało konsekwencjami umownymi. Taki charakter informacji zawartych w załączniku 1b wynika z jego części wstępnej, gdzie mówi się że

wykonawca gwarantuje wypełnienie w Okresie Gwarancji i Okresie Rękojmi wymienionych

w treści tego załącznika gwarancji w określonych w zał. 11 procedur oceny i badania deklarowanych gwarancji. Jeśli chodzi o załącznik 1a – Formularz oferty, to, w części obejmującej parametry brane pod uwagę przy ocenie punktowej, stanowi on wykaz deklaracji wykonawcy, że przedmiot świadczenia będzie spełniał podane w tym formularzu warunki (pkt 3 części wstępnej formularza 1a). Stąd każdy z formularzy stanowi wykaz odpowiednich, podawanych w różnym celu deklaracji wykonawcy, które zgodnie z ich brzmieniem zamawiający winien był wziąć pod uwagę, jeśli były one o tyle niesprzecznymi, że w formularzu zawierającym parametry podlegające ocenie podano je w niższych wartościach, zaś w zał. 1b określono je na wyższym poziomie. Stąd zamawiający, jeśli nie znalazł punktów odniesienia w dalszej części oferty pozwalających w sposób jednoznaczny na ustalenie jednej, wspólnej obu formularzom wartości spornego parametru gwarantowanej mocy elektrycznej brutto, poprawnie przyjął że rozbieżność w zakresie wskazanych parametrów nie wywołuje skutku w postaci konieczności odrzucenia oferty oraz obowiązku dokonywania jej poprawienia.

(7) W zakresie zarzutu niezgodności oferty Mostostal Warszawa SA w Warszawie z przepisami w części dotyczącej zaoferowania podestów „włazy inspekcyjne na poziomach wszystkich włazów inspekcyjno – remontowych, komory dopalania i ciągów kotła odzyskowego":

Bezspornym jest, że wykonawca Mostostal Warszawa SA w Warszawie podał w ofercie – w zał 1 a w pkt 2.6.2 w lit a) szerokość podestów 0,08 m. Jakkolwiek zamawiający uznał powyższy zarzut, to dostrzeżenia wymaga, że samo stwierdzenie że sporna szerokość podestów wynosi 8 cm (0,08 m) nie jest wystarczającym dla stwierdzenia niezgodności oferty z przepisami prawa (odwołujący w powyższej mierze przywołuje przepisy *Obwieszczenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 sierpnia 2003 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy).*

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych – jej art. 87 ust. 2 - nakazują zamawiającemu dokonanie poprawienia oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych.

Biorąc następnie uwagę informacje podane w zał. 1 a w pkt 2.6.2 w lit a) w ofercie Mostostal Warszawa SA w Warszawie, stwierdzenia wymaga, że fakt wystąpienia omyłki w powyższym zakresie jest oczywisty – zarówno odwołujący nie miał wątpliwości, że nie jest możliwe zaoferowanie podestu o szerokości 8 cm, wykazując że taki parametr nie odpowiada wskazanym przez niego przepisom, jak i Mostostal Warszawa SA w Warszawie przedłożył na potwierdzenie tezy, że nie jest możliwe by podest miał szerokość podaną w ofercie dokumentację fotograficzną, obrazującą przykładowy podest. Uznano zatem, że

niepodobieństwem jest by podest miał szerokość 0,08 m, zaś podanie takiej wartości należy traktować jako następstwo oczywistej omyłki pisarskiej. Omyłka taka podlegałaby poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy. Wykonawca Mostostal Warszawa w Warszawie podał przy tym, że właściwą szerokością jest w tym wypadku 80 cm (0,8 m). Powyższe nie stanowi jednak – wbrew twierdzeniu odwołującego o niezgodności oferty z przepisami. Stąd powyższy zarzut należało uznać za niepotwierdzony.

(8) W zakresie zarzutów kierowanych wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon:

Zamawiający podzielił zarzuty ujęte w pkt II.4 ppkt 1 (złożenie niewłaściwego dokumentu w zakresie niekaralności dla osoby reprezentującej jednego z członków konsorcjum); 2a (niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia); 2c (niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie osoby na stanowisko kierownika budowy); 3 (w zakresie sprzeczności umowy o współpracy z deklaracją w ofercie w części dotyczącą zakresu podwykonawstwa); 5 b, c, d (dotyczące

niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia lub ustawą zawartości załącznika 1a), podtrzymując jednocześnie stanowisko w zakresie zarzutów opisanych w pkt II.4 ppkt 2b, 4 i 5a. wycofał na rozprawie zarzuty kierowane wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon: dotyczący gwarancji wadialnej (pkt II.4 ppkt 4 odwołania) oraz dotyczące niepodania w formularzu stanowiącym załącznik 1a informacji (pkt II.4 ppkt 5 odwołania).

Biorąc pod uwagę powyższe, nie podlegały rozpatrzeniu zarzuty cofnięte przez odwołującego.

Podzielono zasadność zarzutów, które potwierdził zamawiający, a zostały ujęte w pkt II.4 ppkt 2a, 2c, 3 odwołania, uznając że w powyższym zakresie przyznanie nie budzi wątpliwości, a okoliczności faktyczne stanowiące podstawę podniesionych zarzutów znajdują potwierdzenie.

Nie podzielono jednak stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon spełnili warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej. Odwołujący podtrzymał zarzut, zgodnie z którym nie może stanowić potwierdzenia zdolności ekonomiczno – finansowej dokument stanowiący informację

pochodzącą od towarzystwa inwestycyjnego, przedstawiającą wartość środków zgromadzonych w jednostkach uczestnictwa. Zamawiający prezentował zaś stanowisko odmienne, wywodząc, że art. 26 ust. 2 c ustawy pozwala na okoliczność wykazania zdolności finansowej i ekonomicznej przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie postawionego warunku. Dostrzeżenia jednak wymaga, że ów substytucyjny dokument, o którym stanowi art. 26 ust. 2 c ustawy nadal musi być dokumentem dotyczącym odpowiednio zdolności finansowej lub ekonomicznej; przepis ten nie zmienia charakteru zdolności finansowej lub ekonomicznej, wynikającego z ustawy. Zdolność finansowa badana jest – zgodnie z przepisem § ust. 1 pkt 9 *rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,* na podstawie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Każdorazowo chodzi tutaj o zdolność finansową rozumianą jako możliwość dysponowania środkami pieniężnymi, czego nie można utożsamiać ze sferą majątkową wykonawcy. Jednostki uczestnictwa reprezentujące prawa majątkowe uczestnika funduszu inwestycyjnego nie są tożsame ze środkami pieniężnymi. Stąd złożenie informacji pochodzącej od towarzystwa inwestycyjnego, stwierdzającej stan jednostek uczestnictwa nie potwierdza zdolności finansowej. Powyższy zarzut uznano zatem, wbrew odmiennemu stanowisku zamawiającego, za zasadny.

Niezależnie od zasadności podniesionego zarzutu dotyczącego zdolności finansowej jak i pozostałych zarzutów, które nie były spornymi między stronami wobec ich podzielenia przez zamawiającego, zarzuty te pozostają bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon została definitywnie odrzucona; wykonawcy złożyli odwołanie, które zostało cofnięte a postępowanie w tej sprawie umorzone, co czyni jakiekolwiek zarzuty podnoszone w odniesieniu do tej oferty – pozostającymi bez wpływu na wynik postępowania, rozumianego jako możliwość uzyskania – w wyniku uwzględnienia podnoszonych zarzutów - zamówienia przez wykonawcę odwołującego się. Uwzględnienie zarzutów wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon nie może na obecnym etapie spowodować

uzyskania przez odwołującego zamówienia. Przepis art. 192 ust. 2 ustawy stanowi, zaś, że Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co w zakresie wskazanych zarzutów, z opisanych względów, nie ma miejsca.

VI. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOśONEGO PRZEZ WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO WARBUD SA W WARSZAWIE, VINCI ENVIRONMENT SAS RUEIL – MALMAISON, VINCI ENVIRONMENT POLSKA SPÓŁKĘ Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ W WARSZAWIE (spr. o sygn. KIO 1613/12):

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie złożyli odwołanie wobec odrzucenia własnej oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, zaniechania wskazania wszystkich przesłanek odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie,

Odwołujący zarzucił naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ pomimo, iż jej treść odpowiada treści SIWZ;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie pomimo, że treść oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu jest niezgodna z treścią SIWZ;
4. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez nie wskazanie wszystkich przesłanek odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie, gdyż oferta powinna podlegać odrzuceniu nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy ale również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;

5. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert oraz poprzez przyznanie błędnej liczby punktów;
6. naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania.

Stawiając powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie jako najkorzystniejszej;
3. przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz uwzględnieniem dodatkowych przesłanek odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie;
4. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie;
5. wybór oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-
VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Malmaison,
w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podał następujące argumenty, uzasadniające odwołanie:

(1) w zakresie odrzucenia jego oferty:

- zużycie regentów do stabilizacji popiołów lotnych z kotła i produktów reakcji z procesu oczyszczania spalin zostały jednoznacznie i wyraźnie podane w ofercie odwołującego na stronie 000292 w tabeli wiersz 12 i 13. Reagenty zestawione w tabeli to: opóźniacz wiązania betonu (z ang. Retander, powszechnie stosowany preparat chemii budowlanej) w ilości 72700 litrów/rok **oraz** cement w ilości 370 kg/h.

- zamawiający nie narzucał technologii i reagentów używanych do stabilizacji popiołów lotnych z kotła oraz pyłów i produktów reakcji z procesu oczyszczania spalin. Powyższa kwestia została pozostawiona do decyzji wykonawców. W złożonej ofercie, zaoferowano odmienną niż pozostali oferenci, technologię do stabilizacji popiołów lotnych z kotła i produktów oczyszczania spalin - technologię firmy Sol Environnement, załączając odpowiednie referencje dot. tej technologii. Pozostali oferenci bazowali na technologii firmy

Geodur.

- ponieważ wszyscy pozostali wykonawcy w swoich ofertach zaproponowali technologię firmy Geodur, która bazuje na reagentach Trace Lock i cement, można przypuszczać, iż zamawiający stwierdził brak podania zużycia jednego z reagentów w ofercie odwołującego, z uwagi na niewskazanie w ofercie reagenta o handlowej nazwie Trace Lock, podczas gdy reagent o handlowej nazwie Trace Lock używany jest jedynie w technologii Geodour. W technologii zaoferowanej przez odwołującego (technologia firmy Sol Environnement), reagentami są: opóźniacz wiązania betonu i cement;

- zamawiający w SIWZ załącznik nr 12 - Zasady oceny ofert według grup kryteriów podstawowych oraz opis kryteriów cząstkowych dla grup kryteriów: 2. Grupa kryterium podstawowego: *„Ocena techniczna oferowanych rozwiązań (OT)"* oraz 3. Grupa kryterium podstawowego: *„Gwarancje eksploatacyjne (GE)"* zastrzegł, że brak w ofercie informacji, które stanowią przedmiot tych ocen, będzie powodem odrzucenia oferty. Natomiast dla grupy 4. Grupa kryterium podstawowego: *„Koszty związane z eksploatacją instalacji (KE)"* do której wymagane było podanie zużycia reagentów do stabilizacji popiołów lotnych z kotła oraz pyłów i produktów reakcji z procesu oczyszczania spalin zamawiający takiego zastrzeżenia nie zawarł. Wobec tego, jeśli zamawiający miał jakiekolwiek wątpliwości co do treści oferty odwołującego winien go wezwać w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający, na gruncie przedmiotowego postępowania zaniechał dokonania czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, czym w rażący sposób naruszył przepisy ustawy;

- na potwierdzenie prezentowanego stanowiska odwołujący przytoczył orzeczenia: Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 1002/10; Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 24 listopada 2010, sygn. akt II Ca 803/10; wyroki KIO w spr. KIO/UZP 1327/09, KIO 1443/09 KIO 2145/10; Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2011 r., sygn. akt. KIO 1076/11;

- oferta odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, bowiem zostało w niej podane zużycie reagenta do stabilizacji popiołów lotnych z kotła oraz pyłów i produktów reakcji z procesu oczyszczania spalin.

(2) w zakresie podstaw odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie:

- zgodnie z SIWZ Załącznik nr 10 - Program Funkcjonalno - Użytkowy pkt 1.10.1.8 Węzeł unieszkodliwiania popiołów lotnych i stałych produktów oczyszczania spalin (strona 88) Zamawiający wymagał zaprojektowania tymczasowego magazynu na odpady po procesie stabilizowania i zestalania o odpowiedniej pojemności: ,,W *projekcie instalacji należy*

przewidzieć i zapewnić odpowiednie rozwiązania techniczne, by odpady po procesie chemicznego stabilizowania i zestalenia mogły być transportowane do tymczasowego magazynowania na terenie instalacji ZTUO pod wiatą i okresowo transportowane do składowania na składowisku odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne. Pojemność miejsca tymczasowego magazynowania musi być określona tak, aby odpady po procesie stabilizowania i zestalania, przed ewentualnym dopuszczeniem do wysyłki na składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne, mogły być poddane badaniu zgodnie z wymaganiami testu pHstat. Narzuca to co najmniej 30 dniową pojemność miejsca magazynowania odpadów po procesie stabilizowania i zestalania. *Ostatecznie pojemność magazynowania skorelowana musi być z wymaganiami wynikającymi z potrzeb oferowanej technologii stabilizowania i zestalania, w przypadku gdyby z tych wymagań wynikała konieczność dłuższego czasu magazynowania w celu stworzenia warunków do zakończenie procesów chemiczno-fizycznych w materiale stabilizowanych i zestalonych odpadów;*
- zamawiający w SIWZ Załącznik 1 a - Formularz oferty w Część Techniczna B (str. 9) określił, iż *„w części technicznej Wykonawca musi zamieścić opis techniczny wszystkich węzłów technologicznych instalacji w takim stopniu szczegółowości i jednoznaczności, aby pozwoliło to na przeprowadzenie przez Zamawiającego pełnej oceny, czy przedstawiona oferta wypełnia wszystkie wymagania technologiczne i techniczne..."* oraz zestawił minimalne wymagania, które powinna zawierać techniczna cześć oferty. Zgodnie z pkt 8 wymagane było załączenie ogólnego planu rozmieszczenia obiektów na terenie objętym inwestycją z zaznaczeniem planowanych przyłączy mediów i wyprowadzenia energii.
- z materiałów załączonych do oferty Konsorcjum Integral-Erbud-Introl (rys. PZT Site Plan) wynika, iż Konsorcjum Integral-Erbud-Introl nie przewidziało w swojej ofercie wykonania tymczasowego magazynu na odpady po procesie chemicznego stabilizowania i zestalania. Złożona przez Konsorcjum Integral-Erbud-Introl oferta przewiduje, iż dla kompletnego węzła unieszkodliwiania popiołów lotnych i stałych produktów oczyszczania spalin został zaprojektowany tylko jeden budynek tj. obiekt nr 8 - budynek zestalania popiołów i stałych odpadów z systemu oczyszczania spalin. Budynek ten jest przedstawiony jako rzut z widocznymi wewnątrz urządzeniami wraz z instalacją dozowania reagentów oraz z widocznymi sąsiadującymi silosami na reagenty (obiekt nr 21). Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż budynek nr 8 nie jest i nie może być uznany za tymczasowy magazyn pod wiatą dysponującym 30-dniowvm miejscem pojemności magazynowej na odpady po procesie chemicznego stabilizowania i zestalania, a tylko i wyłącznie budynkiem stabilizowania i zestalania wraz urządzeniami do prowadzenia tego procesu.
- w celu wyjaśnienia wszelkich ewentualnych wątpliwości związanych z określeniem funkcji jakie ma pełnić budynek nr 8 oraz potwierdzenia, że w ofercie Konsorcjum Integral-Erbud-

Introl przewidziany został tymczasowy magazyn na odpady po procesie chemicznego stabilizowania i zestalania, odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów zawartych w ofercie Konsorcjum Integral-Erbud-Intorol (w szczególności rysunków, które były wymagane przez Zamawiającego w SIWZ Załącznik la - Formularz oferty w Część Techniczna B, str. 9, pkt 7 propozycja wstępnej koncepcji architektonicznej obiektów instalacji wraz z opisami, szkicami elewacji, prezentującymi proponowane rozwiązania).
- z uwagi na fakt, że w ofercie Konsorcjum Integral-Erbud-Intorol nie przewidziano tymczasowego magazynu na odpady po procesie chemicznego stabilizowania i zestalania (za taki magazyn nie może zostać uznany budynek nr 8) oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;
- zgodnie z SIWZ Załącznik nr 10 - Program Funkcjonalno - Użytkowy pkt 1.10.1.5.1 Instalacja oczyszczania spalin oraz Według Decyzji nr 13 OŚ/7624-17/10 z dnia 19 lipca 2010r. Prezydenta Miasta Konina o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia budowy instalacji ZTUO, zalecono skonfigurowanie zespołów węzła oczyszczania spalin z wykorzystaniem technologii półsuchej, w celu redukcji kwaśnych związków S02, HF, HC1, połączonej z wykorzystaniem metody strumieniowo-pyłowej i użyciem jako adsorbentu węgla aktywnego w celu redukowania emisji metali ciężkich w postaci gazowej i pyłów, substancji organicznych w postaci gazów i par, w przeliczeniu na całkowity węgiel organiczny (TOC) oraz dioksyn i furanów. Z treści pisma zamawiającego wysłanego do Konsorcjum Integral- Erbud-Introl z dn. 06.06.2012, pkt II Wezwanie do złożenia wyjaśnienia treści oferty 2), będącym załącznikiem do protokołów z posiedzenia

Komisji Przetargowej, wynika: *„Na stronach 1 95 do 1 105 oferty Wykonawca wymienia elementy mokrej instalacji oczyszczania spalin (IOS), przedstawiajcie elementy IOS dla ZTUO w Szczecinie. Prosimy o wyjaśnienie powodu przedstawienia elementów IOS dla ZTUO w Szczecinie.* " Zatem z treści oferty Konsorcjum Integral-Erbud-Introl wynika, iż zaoferowało ono niezgodną z SIWZ technologię mokrego oczyszczania spalin przy wymaganej technologii pół suchej, a co za tym idzie oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona.
(3) W zakresie dodatkowych podstaw odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie:
- zgodnie z Decyzją nr 13 o Środowiskowych Uwarunkowaniach pkt. IV Uzasadnienie (str. 21) Zamawiający wymagał aby waloryzacja żużla odbywała się w oddzielnym budynku: „Waloryzacja *będzie odbywać się w oddzielnym budynku. natomiast sezonowanie na szczelnym obudowanym z trzech stron i zadaszonym placu".* Z materiałów załączonych do oferty firmy Konsorcjum Astaldi m.in. rysunki wizualizacji 3D o numerach KON- PL-2560-A-

3D-5, KON-PL-2560-A-3D-6 oraz rys. Zagospodarowania Terenu (str. 000231 oferty) wynika jednoznacznie, że Konsorcjum Astaldi nie przewidziało rozwiązania lokalizacji waloryzacji żużla w oddzielnym budynku, zatem treść oferty Konsorcjum Astaldi jest niezgodna z treścią SIWZ i oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;
- „Rozruchowy" kocioł niskociśnieniowej pary przegrzanej Zgodnie z SIWZ Załącznik nr 10 - Program Funkcjonalno - Użytkowy pkt 1.10.1.4.1 Kocioł odzyskowy, Wymagania dotyczące rozwiązań technicznych kotła (str. 63) Zamawiający wymagał wykonania „rozruchowego" kotła niskociśnieniowej pary przegrzanej: „W *projekcie instalacji przewidzieć wykonanie „rozruchowego", np. olejowego, płomienicowo płomieniówkowego kotła niskociśnieniowej pary przegrzanej, który może być wykorzystany do wspomagania procesu suszenia wymurówki, przy rozruchu instalacji turbiny, jak również może być źródłem pary dla podtrzymania temperatury kotła odzyskowego podczas postoju linii technologicznej. W ob'esie dłuższego postoju kotła dochodzi do spotęgowania zjawiska korozji niskotemperaturowej. Na schłodzonych powierzchniach kotła może wykraplać się wtedy para wodna, która w połączeniu z osadami nagromadzonymi na rurach tworzyć będzie agresywne związki przyspieszające korozję. Poprzez doprowadzenie pary niskociśnieniowej z kotła „rozruchowego" do dolnych kolektorów parownika lub rur opadowych należy wtedy wywołać cyrkulację wody i rozprowadzenie ciepła po całym kotle, co pozwoli utrzymać kocioł w stanie podgrzanym. "* Z materiałów załączonych do oferty Konsorcjum Astaldi wynika, iż Konsorcjum Astaldi nie przewidziało w swojej ofercie wykonania „rozruchowego" kotła niskociśnieniowej pary przegrzanej, co oznacza, iż treść oferty Konsorcjum Astaldi jest niezgodna z treścią SIWZ i oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;
- Przyznanie ofercie złożonej przez Konsorcjum Astaldi niewłaściwej liczby punktów - ilość stref dozowania powietrza wtórnego. **-** Zgodnie z SIWZ załącznik 1a, kryterium 2.2 Węzeł spalania, podkryterium 2.2.3 Zamawiający wymagał podania liczby poziomów wprowadzania powietrza wtórnego. W załączniku nr 1 a dołączonym do oferty Konsorcjum Astaldi podano ich liczbę jako 3, natomiast na rysunku załączonym do oferty o numerze 98148EEMY005R00 widnieją tylko 2 poziomy wprowadzania powietrza wtórnego. Podane przez Konsorcjum Astaldi wartości są sprzeczne ze sobą. Budzi to uzasadnione podejrzenie, iż Konsorcjum Astaldi zawyżyło wartość podaną w kryterium celem uzyskania większej liczby punktów, jednocześnie pozostawiając mniejszą liczbę stref na rysunku nr 98148EEMY005R00;
- z ostrożności odwołujący wskazał zatem, iż w przypadku ewentualnego nie potwierdzenia się zarzutu niezgodności oferty Konsorcjum Astaldi z treścią SIWZ, zamawiający powinien dokonać ponownej weryfikacji punktów przyznanych ofercie Konsorcjum Astaldi w ramach kryterium 2.2 Węzeł spalania, podkryterium 2.2.3 i ich odpowiedniego obniżenia.

(4) W zakresie oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon:

- Zamawiający zaniechał wezwania H. Cegielski-Poznań S.A., GROS-POL Plus sp. z o.o., Jacob Stiefel GmbH do złożenia wyjaśnień dot. treści złożonej oferty. Konsorcjum Cegielski w złożonej ofercie zadeklarowało aż 14 poziomów wprowadzania powierza, ilość ta jest zupełnie niewiarygodna i nie stosowana nigdzie na świecie. Biorąc pod uwagę fakt, iż liczba poziomów wprowadzania powietrza (a nie liczba dysz wprowadzania powietrza na co zwrócił uwagę sam zamawiający) stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert, zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum Cegielski do złożenia wyjaśnień w tym zakresie:
- Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum Cegielski do złożenia wyjaśnień również w zakresie poprawności zadeklarowanej nadwyżki długości okresu między przeglądowego. Konsorcjum Cegielski zadeklarowało nadwyżkę długości okresu między przeglądowego powyżej wymaganego minimum = 6 500 h, jednakże nadwyżka długości okresu między przeglądowego wynosząca 1 800 h jest nierealna biorąc pod uwagę realia eksploatacyjne spalarni odpadów w Europie. Większość pozostałych wykonawców zadeklarowała okres wynoszący 1500 h, co wynika z ich doświadczeń eksploatacyjnych bazujących na szeregu referencji. Biorąc pod uwagę fakt, iż gwarantowana nadwyżka długości okresu między przeglądowego stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert, zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum Cegielski do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.
(5) W zakresie wadliwego przyznania punktów w kryterium 4.2.1. i 4.2.2:
- odwołujący kwestionuje sposób obliczenia punktacji, wskazując, iż po podstawieniu wartości procentowej do wzoru następuje wypaczenie kryterium i bardzo małe zróżnicowanie gwarancji złożonych przez poszczególnych oferentów (oferta z najlepszą gwarancją, a co za tym idzie z najlepszym rozwiązaniem technicznym otrzymuje nieznacznie więcej punktów niż oferta z najgorszą gwarancją). W celu prawidłowej oceny złożonych ofert należało zatem podstawić do wzoru wartości bezwzględnej bez jednostki (procentów). Przyjęcie za właściwy sposób uwzględniania wartości procentowych po ich przeliczeniu (przykładowo 1+5% = 1,05) na wartości dziesiętne i takie ich podstawienie do algorytmu oznaczałoby, że nawet w przypadku istotnych różnic w wartościach (na przykład dwukrotnych wc wskaźniku powierzchniowej skumulowanej wymiany zużytych rusztowin) miałyby one nieistotny wpływ na uzyskaną liczbę punktów. Podstawienie wartości procentowych przeliczonych dziesiętne skutkować będzie spłaszczeniem wartości i zniekształceniem uzyskanego wyniku. Odmienne rozumowanie, może być potraktowane jako zmierzające do zmiany postanowień SIWZ i wagi poszczególnych kryteriów oceny ofert. Przekształcenie wartości wyrażonych w procentach na wartości bezwzględne nie może abstrahować od brzmienia specyfikacji istotnych warunków

zamówienia. Dokument ten jest nadrzędny przed wszystkimi innymi regułami. Ułatwi to zamawiającemu rzetelną ocenę ofert i spowoduje, iż kryterium będzie gwarantować odpowiednią liczbę punktów dla rozwiązań najlepszych i rzeczywiście będzie spełniać swoją rolę.
- w kryterium 2.2.3 *Liczba poziomów wprowadzania powietrza wtórnego,* w zakresie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon winna nastąpić weryfikacja zadeklarowanych 14 poziomów wprowadzania powietrza wtórnego (ilość zupełnie niewiarygodna, nigdzie nie stosowana na świecie). Odwołujący podał, że kryterium miało dotyczyć liczby poziomów wprowadzania, a nie liczby dysz wprowadzania powietrza wtórnego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon, winno wykazać w której części oferty znajduje się rysunek potwierdzający zadeklarowaną ilość poziomów wprowadzania powietrza wtórnego;
- w kryterium 2.1.1 *Wysokość od dolnej krawędzi otworu rozładowczego do dna bunkra [m], zaprojektowana w racjonalnym i eksploatacyjnie dogodnym powiązaniu z szerokością bunkra,* odwołujący podał, że weryfikacja poprawności zaproponowanych głębokości bunkra przez poszczególnych Oferentów w szczególności deklaracji konsorcjum firm Bilfinger Berger Budownictwo/Valoriza Servicios Medioambientales/JFE Engineering Corporation oraz Budimex/Keppel znacząco przewyższa wartości zaproponowane przez wszystkich innych wykonawców. Zadeklarowane przez innych Oferentów głębokości są do siebie bardzo zbliżone i kształtują się następująco: Konsorcjum Warbud - 11,2 m; Mostostal Warszawa - 8 m; Integral/Erbud - 8 m; Rafako/Hitachi - 8,5 m; Strabag - 10 m; Polimex-Mostostal, Fisia

Babcock Enviroment - 10 m; Astaldi, Termomeccanica Ecologia - 11 m; Cegielski - 11,5 m. Wartości zadeklarowane przez wykonawców: Bilfinger Berger Budownictwo: 18,5 m oraz Budimex/Keppel Seghers: 14m trudno uznać za racjonalnie zaprojektowane w powiązaniu do szerokości bunkra. Koszty nadmiernego zagłębiani bunkra są ogromne i można domniemywać, iż zadeklarowane wartości w przypadku 2-óch wspomnianych ofert miały na celu nieuprawnione zdobycie przewagi nad innymi oferentami, poprzez uzyskanie większej liczby punktów (niezgodnie z treścią kryterium).

Zamawiający, pismem z dnia 6 sierpnia 2012 r. ustosunkował się do odwołania wnosząc o jego oddalenie.

Biorąc pod uwagę podniesione w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną w zarzuty, odwołanie podlega uwzględnieniu. odpowiedzialnością Warszawie

Potwierdził się zarzut dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, co może mieć wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy). Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

(1) w zakresie zarzutów dotyczących bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie:

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, podając jako podstawę przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i wskazując następujący zakres niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia: *„Państwo w swojej ofercie nie podaliście zużycia reagentu do stabilizacji popiołów lotnych z kotła oraz pyłów i produktów reakcji z procesu oczyszczania spalin, co jest niezgodne z wymogami SIWZ”.*

Analiza treści oferty odwołującego wskazuje, że tak opisana podstawa faktyczna odrzucenia oferty nie znalazła potwierdzenia. W ofercie, w jej części technicznej, na stronie 292 podane zostały ilości reagentów, jakie wykonawca w zaoferowanej technologii zamierza zastosować: 72.700 litrów na rok opóźniacza wiązania betonu, a także cement w ilości 370 kg/h.

Przyznał to także zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie, wskazując jednocześnie że poszukiwał w ofercie odwołującego nazwy reagenta związanego z technologią proponowaną przez odwołującego; nazwa „opóźniacz wiązania betonu” jest zbyt ogólna, jest to powszechny preparat chemii budowlanej, stosowany w bardzo szerokim zakresie. Zdaniem zamawiającego, reagent do stabilizacji popiołów lotnych i produktów reakcji z procesu oczyszczania spalin ma za zadanie chemiczne związanie substancji niebezpiecznych zawartych w ww. popiołach lotnych i produktach reakcji, czego nie można stwierdzić w przypadku opóźniacza wiązania betonu. W konsekwencji zamawiający uznał, że

wykonawca nie podał reagenta do stabilizacji popiołu, co stanowi o niespełnieniu wymagań stawianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę tak zaprezentowane stanowisko zamawiającego, nie przesądzając o jego słuszności, podkreślenia wymaga, że tego rodzaju argumentacja nie została przedstawiona jako powód uzasadniający odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Powodem odrzucenia oferty stało się jedynie niepodanie

ilości reagentów niezbędnych do procesu stabilizacji i zestalania odpadów. Analiza treści oferty nie potwierdza jednak tak uzasadnionej decyzji zamawiającego, skoro ilości reagentów (opóźniacza wiązania betonu oraz cementu) zostały podane.

Bez znaczenia zatem dla oceny zarzutu były złożone przez odwołującego pisma pochodzące od producenta technologii Sol Environnment, dystrybutorów reagentów pod nazwą „opóźniacz wiązania betonu" na okoliczność potwierdzenia ich powszechnej dostępności a także nazw handlowych pod jakimi są one dostępne na rynku, jak również złożony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie wydruk ze strony producenta opóźniacza wiązania betonu Chryso Tard CHR na okoliczność jego zastosowania - te informacje stanowią argumenty dotyczące samej technologii zastosowanej w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie; kwestii, czy opóźniacz wiązania betonu jest reagentem, czy w ogóle znajduje zastosowanie do celu, jakiego wymaga zamawiający. Powyższe jednak nie zostało wyartykułowane jako powód odrzucenia oferty odwołującego, stanowi zatem polemikę z zastrzeżeniami, których zamawiający nie wyartykułował w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, a podniósł dopiero następczo, w odpowiedzi na odwołanie. Postawione zarzuty należy jednak zrelatywizować do tych podstaw, jakie zamawiający podał, jako motywy odrzucenia oferty.

Skoro te podstawy nie znalazły potwierdzenia, zarzuty należało uznać za potwierdzone, a odwołanie - podlegające uwzględnieniu. Stosownie do tego uwzględnienia orzeczono o nakazaniu zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, dokonania ponownego badania i oceny ofert

z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

(2) w zakresie zarzutów dotyczących zaoferowania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie tymczasowego magazynu na odpady pod wiatą, który nie dysponuje co najmniej 30-dniowym miejscem pojemności magazynowej na odpady po procesie chemicznego stabilizowania i zestalania:

Odwołujący zarzut niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w powyższym zakresie wywodzi z rysunku zamieszczonego w ofercie, gdzie został zaprezentowany rzut rozmieszczenia obiektów na terenie objętym inwestycją, wskazując, że zamieszczony na tym planie budynek nr 8 nie stanowi tymczasowego magazynu na odpady po procesie chemicznego stabilizowania i zestalania.

Tak postawiony zarzut nie znalazł potwierdzenia – z treści utajnionej części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie (str. 1_110 oferty), które to informacje wykonawca podał dodatkowo na rozprawie, wynika, że wymagana pojemność magazynowa wynosi 1.200 Mg = 1.560 m^3. Wykonawca podał także, że *Stabilizat GEODEX-stabTM jako produkt immobilizacji odpadów będzie na miejscu gromadzony, przed jego odtransportowaniem na składowisko. Nie przewiduje się wytwarzania stabilizatu w jakichś określonych formach geometrycznych np. bloczkach lub tp., produkt będzie wytwarzany luzem jako granulatopodobny o określonych właściwościach.* (str. 1_110-1_111 oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie). Podane zostały także

wymiary hali 20 metrów x 30 metrów przy wysokości 10 metrów. Przystępujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie okazali zamieszczony w tajnej części oferty, na stronie 2_8 rysunek prezentujący przekrój budynku, z którego wynika 10 metrowa wysokość budynku.

Powyższe informacje wskazują, że odpady po procesie chemicznego stabilizowania i zestalania (stabilizat) mają być składowane luzem. Przewidziano budynek o kubaturze

1560m³, wysoki na 10 m, co pozwala na przyjęcia, że wbrew twierdzeniu odwołującego, zapewniona została powierzchnia na składowanie odpadów przez co najmniej 30 dni.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w końcowej części Załącznika 1a - Formularz oferty w Części Technicznej B (str. 9 załącznika) podał, iż *„w części technicznej Wykonawca musi zamieścić opis techniczny wszystkich węzłów technologicznych instalacji w takim stopniu szczegółowości i jednoznaczności, aby pozwoliło to na przeprowadzenie przez Zamawiającego pełnej oceny, czy przedstawiona oferta wypełnia wszystkie wymagania technologiczne i techniczne określone w rozdziałach 1.9 (Ogólne właściwości funkcjonalno – użytkowe), 1.10.1 (Rozwiązania technologiczne) oraz 1.10.2 (Rozwiązania architektoniczno – budowlane) Programu Funkcjonalno – Użytkowego."* Zamawiający wymienił następnie elementy, jakie powinien zawierać opis w części technicznej oferty, w tym: *propozycję wstępnej koncepcji architektonicznej obiektów instalacji wraz z opisem i szkicami elewacji, prezentującymi oferowane rozwiązania* (pkt 7 załącznika nr 1a) *ogólny plan rozmieszczenia obiektów na terenie objętym inwestycją z zaznaczeniem planowanych przyłączy mediów i wyprowadzenia energii* (pkt 8 załącznika nr 1a). Tak opisane wymagania dotyczące zawartości technicznej części oferty (ta składa się z części opisowej oraz rysunkowej) wskazują, że oceny rozwiązań w ofercie konkretnego wykonawcy należy dokonywać w oparciu o całokształt opisu oraz rysunków poszczególnych elementów. Oferty składają się z części jawnej, dostępnej dla innych wykonawców, ale zawierają także elementy, które poszczególni wykonawcy zdecydowali się objąć ochroną jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Uprawnienia tego nie sposób ograniczać, nadto kwestia zasadności utajnienia ofert była przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 4 czerwca 2012 r. w spr. KIO 1016/12). Wnioskowanie oparte na wyrywkowo poznanych elementach oferty obarczone jest ryzykiem niewłaściwej jej oceny. W analizowanej sprawie, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie wykazali, że założony na cele magazynu dysponującego co najmniej 30-dniowym miejscem pojemności magazynowej na odpady po procesie chemicznego stabilizowania i zestalania budynek spełnia wymagania postawione przez zamawiającego, co czyni postawiony zarzut niezgodności oferty w tym zakresie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – bezzasadnym.

(3) w zakresie niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej zaoferowania

rozwiązania przewidującego zespół węzła oczyszczania spalin z wykorzystaniem technologii półsuchej:

Odwołujący powyższy zarzut opiera na treści pisma, jakie zamawiający wystosował do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, z zapytaniem dotyczącym informacji w ofercie opisujących elementy mokrej instalacji oczyszczania spalin, przedstawionej dla Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów w Szczecinie. Zamawiający w piśmie z 6 czerwca 2012 r., nawiązując do tej części oferty, wystąpił o wyjaśnienie powodu przedstawienia elementów instalacji oczyszczania spalin dla Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów

w Szczecinie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie wyjaśnili omyłkowym załączeniem do oferty części oferty jaką złożył w postępowaniu na spalarnię w Szczecinie. Zamieszczony w ofercie opis oferowanego rozwiązania wskazuje, że węzeł oczyszczania spalin odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str. 1_87-1_94 utajnionej części oferty).

Odwołujący o niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zaoferowaniu elementów mokrej instalacji oczyszczania spalin) wnioskuje przy tym nie na podstawie treści oferty, ale pisma jakie zamawiający wystosował celem wyjaśnienia zamieszczenia w ofercie dokumentów dedykowanych dla Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów w Szczecinie.

Z treści oferty nie wynika jednak wskazywana niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co czyni podniesiony zarzut – bezpodstawnym.

(4) w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie z powodu zaoferowania rozwiązania przewidującego lokalizację instalacji waloryzacji żużla nie w oddzielnym budynku:

Odwołujący powyższy zarzut oparł na dostępnej mu części oferty: rysunkach wizualizacji 3D o numerach KON-PL-2560-A3D-5, KON-PL-2560-A-3D-6 oraz rysunku *Zagospodarowania Terenu (str. 000231 oferty).*

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie wskazali natomiast na zawarte w ofercie (str. 229, 231, 237 oraz 247) rysunki, składając zarazem je

wraz z pismem, z których wynika, że stanowią one odrębne budynki, zgodnie z definicją budynku zawartą w ustawie Prawo budowlane (budynek – *obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach).*

Z rysunków zawartych w ofercie wynika zapewnienie wymagania zamawiającego zawartego w dokumentacji postępowania, by waloryzacja żużla odbywała się w oddzielnym budynku.

Z tego względu zarzut niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie należało uznać za nieznajdujący oparcia w pełnej dokumentacji, w tym w szczególności – pełnej treści oferty.

(5) w zakresie zarzutu niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej rozruchowego kotła niskociśnieniowej pary przegrzanej:

W ocenie odwołującego, w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie nie zostało zapewnione wymaganie zawarte w Programie Funkcjonalno – Użytkowym w pkt 1.10.1.1.4.1 dotyczące wykonania „rozruchowego" np. olejowego, płomienicowo płomieniówkowego kotła niskociśnieniowej pary przegrzanej.

Wbrew tak postawionemu twierdzeniu, w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie, na stronie 000168 zawarte zostały informacje dotyczące takiego kotła, z podaniem jego typu, nominalnej wydajności pary, wydajności cieplnej, powierzchni ogrzewanej, ciśnienia nasyconej pary, temperatury wody zasilającej, sprawności cieplnej, maksymalnego zużycia oleju napędowego, wylotowej temperatury dymu i wskazaniem akcesoriów. Strona 000168 z oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie została przez tych wykonawców złożona na

rozprawie.

Z powyższego wynika, że powyższy zarzut, podniesiony wobec nieznajomości pełnej treści oferty (jej części utajnionych) nie znajduje potwierdzenia.

(6) w zakresie zarzutu przyznania ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A.

Termomeccanica Ecologia w Mediolanie niewłaściwej ilości punktów w kryterium ilości stref dozowania powietrza wtórnego:

Zdaniem odwołującego, z rysunku załączonego do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie (rys. nr 98148EEMY005R00) wynika, że przewidziano dwa poziomy wprowadzania powietrz wtórnego, podczas gdy w załączniku 1a, kryterium *Węzeł spalania,* podkryterium *2.2.3* podano trzy poziomy wprowadzania powietrza wtórnego, co powinno skutkować przyjęciem – zgodnie z rysunkiem - dwóch poziomów spalania i odpowiednią redukcją przyznanych punktów.

Rozstrzygającą dla oceny tak opisanego zarzutu jest analiza rysunku nr 98148EEMY005R00. Ów rysunek okazany na rozprawie i opatrzony wyjaśnieniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie potwierdza, że założone zostaly trzy poziomów wprowadzania powietrza wtórnego. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie wyjaśnili bowiem, że na rysunku zaznaczone są dwa poziomy wprowadzania powietrza: z lewej strony dwa takie poziomy oraz jeden z prawej, który jakkolwiek składa się z dwóch poziomów, to funkcjonuje w sposób skoordynowany i jest traktowany jako jeden poziom wprowadzania powietrza (poziom recyrkulacji spalin).

Powyższe przekonuje o bezzasadności podniesionego zarzutu i skutkuje uznaniem, że w powyższym zakresie punktacja przyznana wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie jest prawidłowa.

(7) w zakresie zaniechania wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, obejmujących zadeklarowanie 14 poziomów wprowadzania powietrza oraz zadeklarowanej nadwyżki okresu przeglądowego:

Argumentacja podniesiona w powyższym zakresie, biorąc pod uwagę okoliczność, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon została definitywnie odrzucona, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy. Ewentualne wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon do wyjaśnienia treści oferty nie może zatem przyczynić się w żaden sposób ani do zmiany pozycji odwołującego w postępowaniu, ani wpłynąć na dokonaną ostatecznie ocenę oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon.

Stąd także ten zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

(8) w zakresie zarzutu dotyczącego wadliwego przyznania punktów:

Odwołujący powyższy zarzut formułuje w odniesieniu do kryteriów 4.2.1 i 4.2.2 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W części, w jakiej argumentacja zawarta w odwołaniu stanowi polemikę z ostatecznie ukształtowanym brzmieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zarzut należy

uznać za spóźniony. Postulat brania pod uwagę przy porównaniu ofert innych wartości, aniżeli wyraźnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidziane (podstawianie do wzoru wartości bezwzględnych, bez jednostek - procentów) oznaczałby zmianę zasad określonych w sposób wiążący i na obecnym etapie nie podlegający zmianom w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odmienne rozumowanie, w tym jakie jak prezentowane w odwołaniu, musiałoby być potraktowane jako zmierzające do modyfikacji treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia – te zaś, nie będąc zakwestionowanymi na właściwym etapie, są aktualnie wiążące uczestników postępowania. W tym kontekście, argumentacja zawarta w odwołaniu, wskazująca na nieprawidłowe podstawienie wartości podlegających porównaniu, nie może abstrahować od brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokument ten, jako zasadniczy akt opisujący zasady prowadzenia postępowania o konkretne zamówienie, ma pierwszeństwo przed jakimikolwiek innymi regułami.

Z tego względu powyższy zarzut nie mógł być brany pod uwagę w zakresie innym, aniżeli czy zamawiający prawidłowo zestawił i porównał informacje podawane przez wykonawców w poszczególnych kryteriach.

(9) w zakresie zarzutu wskazującego na podanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon w kryterium 2.2.3 niewiarygodnej ilości poziomów wprowadzania powietrza wtórnego:

Prezentowana w odwołaniu w tej części argumentacja nie wyraża wniosku innego, niż ten, że wykonawca powinien wskazać, w której części oferty znajduje się rysunek potwierdzający zadeklarowaną ilość poziomów wprowadzania powietrza wtórnego.

Niezależnie od tego, dostrzeżenia wymaga, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon został definitywnie odrzucona, co czyni jakiekolwiek dalsze czynności wobec tej oferty bezprzedmiotowymi, zaś stawiane zarzuty – pozostającymi bez wpływu na wynik postępowania.

(10) w zakresie zarzutu podania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV oraz wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Bilfinger Berger Budownictwo S.A. Valoriza Servicos Medioambientales S.A., JFE Engineering Corporation, w kryterium 2.1.1 niewiarygodnej głębokości bunkra:

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący stawia tezę o zaprojektowaniu przez wskazanych dwóch wykonawców głębokości bunkra w sposób nieracjonalny i mający na celu uzyskanie przewagi nad pozostałymi wykonawcami poprzez uzyskanie większej ilości punktów, bez szerszego uzasadnienia. O ile głębokość bunkra w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Bilfinger Berger Budownictwo S.A. Valoriza Servicos Medioambientales S.A., JFE Engineering Corporation jest relatywnie większa (18,5 m) od pozostałych wykonawców, to jeśli chodzi o wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV, głębokość ta (14 m) nie odbiega znacząco od pozostałych ofert. Przykładowo, odwołujący w powyższym kryterium podał 11,5 m głębokości. Oferta wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Bilfinger Berger Budownictwo S.A. Valoriza Servicos Medioambientales S.A., JFE Engineering Corporation została definitywnie odrzucona, co czyni powyższy zarzut pozostającym bez wpływu na wynik postępowania. W zakresie obu ofert, odwołujący poprzestając na ogólnej konstatacji o podaniu głębokości bunkra w celu uzyskania większej ilości punktów, nie podjął dalszej argumentacji ani inicjatywy dowodowej zmierzającej do wykazania tak postawionej tezy.

Z tego względu zarzut uznano za niewykazany przez odwołującego.

VII. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOŻONEGO PRZEZ WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

INTEGRAL ENGINEERING UND UNWELTTECHNIK GMBH, ERBUD SA W WARSZAWIE, INTROL SA W KATOWICACH (spr. o sygn. KIO 1616/12):

86

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Integral Engineering und Umwelttechnik GmbH, Erbud S.A., oraz Introl S.A., w Katowicach, w złożonym odwołaniu zakwestionowali zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Budimex oraz zaniechania wykluczenia wykonawców H. Cegielski - Poznań S.A., GROS - POL Plus Sp. z o.o., Jacob Stiefel GmbH. Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie ich zastosowania i odrzucenia oferty Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A., i KEPPEL SEGHERS BELGIUM N.V., podczas gdy ww. oferta podlega odrzuceniu;

2) art. 89 ust. 1 pkt 1) w związku z art. 9 ust. 2 ustawy PZP. poprzez zaniechanie zastosowania i odrzucenia oferty Konsorcjum BUDIMEX, podczas gdy ww. oferta sporządzona jest częściowo w języku innym niż język polski i jako taka podlega odrzuceniu;

3) art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP w związku z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie ich zastosowania i odrzucenia oferty Konsorcjum BUDIMEX, podczas gdy ww. oferta zawiera parametry niemożliwe do spełnienia (uzyskania) i jako taka podlega odrzuceniu;

4) art. 92 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez poinformowanie wykonawców o nieprawidłowo dokonanej ocenie oferty Konsorcjum BUDIMEX, w sytuacji, gdy ww. oferta powinna być odrzucona;

5) art. 26 ust. 3 lub 4 poprzez zaniechanie ich zastosowania, względnie art. 24 ust. pkt 2) lub 4), poprzez zaniechanie ich zastosowania w stosunku do wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego H. Cegielski - Poznań S.A., GROS - POL Plus Sp. z o.o., Jacob Stiefel GmbH, którzy nie wnieśli wadium i nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności w zakresie oceny oferty Konsorcjum BUDIMEX, dokonania ponownej oceny oferty Konsorcjum BUDIMEX i jej odrzucenia, jako dokonanej w wyniku nierównego potraktowania wykonawców i z wadliwym zastosowaniem przepisów prawa,

2) w razie przywrócenia do badania i oceny ofertę Konsorcjum CEGIELSKI, wykluczenia ww. Konsorcjum CEGIELSKI wobec braku wadium, alternatywnie wezwania do uzupełnienia dokumentów w ofercie lub wyjaśnienia ich treści i wykluczenia Konsorcjum CEGIELSKI w razie ich nieuzupełnienia lub zaniechania ich wyjaśnienia;

3) przeprowadzenia wnioskowanych dowodów.

W uzasadnieniu odwołujący podał:

87

(1) w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum BUDIMEX z powodu zaoferowania placu dojrzewania i składowania żużla niezgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia:

- z wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań wynika, że plac dojrzewania i składowania żużla może mieć powierzchnię większą niż 2890 m ^{2} ale nie może mieć powierzchni mniejszej;

- z informacji w ofercie wynika podanie mniejszej powierzchni;

- abstrahując od faktu, że ww. informacje podano w języku innym niż polski, a w ofercie brak jest tłumaczenia ww. treści na język polski, co już winno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum BUDIMEX, w oparciu o przeprowadzone tłumaczenie, „Gravel maturing and storing site (15a i 15b areas)" w tłumaczeniu na język polski oznacza: „Plac dojrzewania i składowania żużla (obszary 15a i 15b)". Słowo tytułujące kolumnę: „surface" oznacza zaś "powierzchnię" podawaną w przedostatniej kolumnie w metrach kwadratowych (m). Przyjęta przez Konsorcjum BUDIMEX *powierzchnia placu dojrzewania i składowania żużla nie wynosi nie mniej niż 2.890 m ^{2} , ale jedynie 2.215 m ^{2}* Tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ;

(2) w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV z powodu niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej gwarantowanych parametrów pary przegrzanej na wylocie z ostatniego stopnia przegrzewacza:
- W Programie funkcjonalno-użytkowym, stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ, zawarty jest punkt nr 1.3.1. „Opis ogólny Zakładu", zawierający tabelę podstawowych parametrów dotyczących zakładu;
- w punkcie 1.10.1.4 Programu funkcjonalno - użytkowego „Węzeł odzysku i przetworzenia odzyskanej energii", w pkt 1.10.1.4.1, „Kocioł odzyskowy" wskazano: "Podstawowym *urządzeniem nowego Bloku będzie kocioł parowy współpracujący z paleniskiem opalanym odpadami komunalnymi. Parametry procesowe pracy i konstrukcyjne kotła parowego dobierze Wykonawca dla poprawnej współpracy z paleniskiem i zadanego zakresu ilości i wartości opałowej odpadów, przy czym nie bcda one gorsze niż:*
- szacunkowa wydajność pary, (WMT) 31,5 Mg/h,
- ciśnienie pary na wylocie z przegrzewacza 41 bar (a),
- tolerancja ciśnienia pary na wylocie z przegrzewacza +/- 0,5 bara,
*- temperatura pary na wylocie (w zakresie obciążeń 70 + 110 %) 4000C *).*
- tolerancja temperatury pary na wylocie z przegrzewacza +/- 50C,

- temperatura wody zasilającej 120 OC,*
- znamionowa sprawność brutto (dla WMT) (stan po 1000+12OOh od rozruch ze stanu zimnego kotła czystego) >82 %,
- temperatura spalin wylotowych 120+160 OC,
**) Zamawiający dopuszcza wyższe parametry pary (np. 420C) pod warunkiem zagwarantowania wymaganej dyspozycyjności Bloku oraz żywotności przegrzewaczy i wskazanych przedziałów; tolerancji parametrem pary przegrzanej."*
- z powyższego wynika, że instalacja ma się charakteryzować temperaturą pary na wylocie (w zakresie obciążeń 70 + 110 %) na poziomie 400 OC, przy czym, zgodnie z treścią załącznika nr 11 do SWIZ zatytułowanego: „Wykaz wymagań gwarancyjnych i Parametrów gwarantowanych", tabela 1, poz. 6/PA "Ciśnienie i temperatura pary przegrzanej": ciśnienie pary przegrzanej ma wynosić 4.0 MPa przy tolerancji +/- 0,05 a Temperatura pary przegrzanej ma wynosić 400°C przy tolerancji +/- 5,0. Tymczasem na stronie 29 oferty Konsorcjum BUDIMEX gwarantowane parametry wynoszą: ciśnienie pary przegrzanej ma wynosić 5,3 MPa przy tolerancji +/- 0,05 a Temperatura pary przegrzanej ma wynosić 420 °C przy tolerancji +/- 5,0. Podane wartości znacznie przekraczają granicę tolerancji przyjętą przez zamawiającego. Osiągnięcie natomiast temperatury spalania na poziomie 420 °C nie jest możliwe w tej sytuacji, ponieważ na stronie 599 zawarto rysunek, z którego jednoznacznie wynika, że temperaturę 400°C Konsorcjum BUDIMEX uzyska dopiero powyżej wskaźnika 85% obciążenia zakładu (a nie 70%). Z przywołanego rysunku wynika jednak, że dla uzyskania podstawowej, wymaganej temperatury, tj. tylko 400°C, konieczne będzie wsparcie procesu dodatkowym spalaniem pomocniczym palnikiem;
- wykres opisany jest w języku innym niż polski, co winno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum BUDIMEX - sformułowanie: „Auxiliary Burner Support" oznacza właśnie „Wsparcie palnikiem pomocniczym", czego SIWZ nie przewiduje. Zatem zachodzą w tym przypadku dwie przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum BUDIMEX - art. 89 ust. 1 pkt 1) (w związku z art. 9 ust. 2 ustawy PZP) i pkt 2) (ze względu na zastosowane rozwiązanie, które nie znajduje uzasadnienia w treści SIWZ);
(3) w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV z powodu niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej gwarantowanej żywotności rusztowin:
- w opisie przedmiotu zamówienia, zawartym, m. in. w załączniku nr 11 do SWIZ, „Wykaz wymagań gwarancyjnych i Parametrów Gwarantowanych", tabela 2, poz. 7/PT Gwarantowana żywotność rusztowin": wskazano, że wartość zużycia rusztowin w pierwszym roku eksploatacji ma wynosić "WG7 <2", a w drugim roku eksploatacji - "WG7 <4 (6%

skumulowane)". Tymczasem w ofercie Konsorcjum BUDIMEX zadeklarowano, że w pierwszym roku zużycie wyniesie 0% a w drugim 6%. Osiągnięcie powyższego nie jest możliwe, ponieważ rusztowiny muszą się zużywać w jakimś stopniu także w pierwszym roku, tym bardziej że w drugim roku zużycie wyniesie aż 6%. Nie jest możliwe aby proces zużywania się rusztowin rozpoczął się dokładnie po roku i to aż na poziomie 6%. a wcześniej nie postępował w zauważalnym stopniu, co należało odnotować w tabeli załączonej do oferty. Tym, samym wykazano zaniechanie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy w związku z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BUDIMEX. podczas gdy ww. oferta zawiera parametr niemożliwy do spełnienia i jako taka podlega odrzuceniu.
(4) w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV z powodu niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej gwarantowanej żywotności rusztowin:
- w opisie przedmiotu zamówienia, zawartym, m. in. w załączniku nr 11 do SWIZ, zatytułowanym: „Wykaz *wymagań gwarancyjnych i Parametrów Gwarantowanych",* tabela 2, poz. 7/PT Gwarantowana żywotność rusztowin": wskazano, że wartość zużycia rusztowin w pierwszym roku eksploatacji ma wynosić "WG7 <2", a w drugim roku eksploatacji - "WG7 <4 (6% skumulowane)". Tym czasem w ofercie Konsorcjum BUDIMEX zadeklarowano, że w pierwszym roku zużycie wyniesie 0% a w drugim 6%. Osiągnięcie powyższego nie jest możliwe, ponieważ rusztowiny muszą się zużywać w jakimś stopniu także w pierwszym roku, tym bardziej że w drugim roku zużycie wyniesie aż 6%. Nie jest możliwe aby proces zużywania się rusztowin rozpoczął się dokładnie po roku i to aż na poziomie 6%. a wcześniej nie postępował w zauważalnym stopniu, co należało odnotować w tabeli załączonej do oferty.
(5) w zakresie zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikonz przyczyn przywołanych w treści niniejszego odwołania:
- Zaniechanie wykluczenia, alternatywnie wezwania do uzupełnienia dokumentów: Konsorcjum CEGIELSKI na stronie 148 i 149 oferty przedłożyło dokumenty potwierdzające brak przesłanki do wykluczenia z postępowania z przyczyn określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP w stosunku do p. Jakoba Stiefela, który z kolei w dokumencie rejestrowym na str. 170 - 173 oferty wskazany jest jako urzędujący członek organu zarządzającego (dyrektor zarządzający, uprawniony do samodzielnej reprezentacji. Z treści Wyciągu ze Szwajcarskiego Rejestru Skazanych wynika, że p. Jakob Stiefel zamieszkuje pod adresem:

Warren Close 36, SO 166 BJ Shirley Southampton, w Wielkiej Brytanii. Zgodnie natomiast z przepisami § 4 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form. w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2009 roku, Nr 226, poz. 1817): „Jeżeli *wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1: [...] pkt 5 - składa zaświadczenie właściwego organu sadowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy."* Jeżeli więc w treści przedstawionego dokumentu urzędowego, za który bez wątpienia uznać należy przedłożony w ofercie Wyciąg ze Szwajcarskiego Rejestru Skazanych wskazano, że p. o nazwisku Jakob Stiefel i podanym adresie zamieszkuje w Wielkiej Brytanii, to stanowi to dowód tego. że tak właśnie jest, a nie jedynie prywatne oświadczenie danej osoby. Powyższe wynika wprost z przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964 r. Nr 43. poz. 296 ze zmianami), gdzie w art. 244 § 1 prawodawca przesądził, że: "Dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania. stanowią dowód tego. co zostało w nich urzędowo zaświadczone." Nie ulega wątpliwości, że Wyciąg ze Szwajcarskiego Rejestru Skazanych jest dokumentem urzędowym, sporządzonym w przepisanej formie przez powołany do tego organ władzy publicznej. Tym samym, dokument stanowi dowód, że

podany w nim adres zamieszkania p. Jakoba Stiefel jest faktycznie taki jak wskazano w jego treści. Składając wniosek o wydanie Wyciągu ze Szwajcarskiego Rejestru Skazanych, konieczne było przecież wylegitymowanie się odpowiednim dokumentem potwierdzającym miejsce faktycznego zamieszkania i z którego spisane dane zawarto w Wyciągu, po ich uprzednim odnotowaniu.
- na stronie 185 oferty Konsorcjum CEGIELSKI znajduje się oświadczenie, z którego treści wynika, że uprawniona osoba działająca jako prawny przedstawiciel spółki Jacob Stiefel GmbH złożyła oświadczenie, aby "całkowicie wypełnić warunki przetargu nawet w sytuacji. gdy nie są dostępne wymagane dokumenty urzędowe". W treści ww. dokumentu oświadczający wyjaśnia, że w Szwajcarii nie ma żadnego krajowego (ani innego) rejestru spółek skazanych za przestępstwa kryminalne, dlatego spółka nie jest w stanie przedłożyć informacji ze Szwajcarskiego Rejestru Skazanych na jej temat, ponadto zgodnie z prawem szwajcarskim nie ma żadnych ogólnych kar (na mocy prawa karnego lub innego) polegających na zakazie zawierania kontraktów publicznych przez spółki, itd.
W konsekwencji jedynym dokumentem, który ma potwierdzać brak przesłanki do wykluczenia Konsorcjum CEGIELSKI ze względu na okoliczności dotyczące jednego z konsorcjantów jest

prywatne oświadczenie p. Martina Stiefel, złożone w miejsce, gdzie przepisy prawa wymagają innego niż prywatny dokumentu. Tymczasem, zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form. w jakich te dokumenty mogą być składane: § 4 ust. 3 - Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju. w którym wykonawca ma siedzibę ub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju. w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio." Powyższe oznacza, że przy uznaniu, że prawdziwe jest oświadczenie na stronie 185 oferty, o braku organu potwierdzającego, że dany podmiot zbiorowy nie podlega wykluczeniu z postępowania wobec orzeczenia przez sąd zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, obowiązkiem Konsorcjum CEGIELSKI było przedłożenie stosownego oświadczenia, ale sporządzonego w przewidzianej formie, tj. oświadczenia złożonego przed notariuszem, właściwym organem sadowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę. Tym czasem złożono oświadczenie prywatne, które wywiera inny skutek dowodowy niż oświadczenie złożone przed notariuszem czy odpowiednim, powołanym do tego organem. Oświadczenie ze strony 185 oferty Konsorcjum CEGIELSKI stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która je podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie, co wynika bezpośrednio z art. 245 Kodeksu postępowania cywilnego. Jest to jednak dalece niewystarczające dla wykazania braku podstaw do wykluczenia. Zastosowanie winien znaleźć art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy PZP, czego zaniechano, względnie art. 24 ust. 2 pkt 4), który nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.
- dokumenty przedłożone na stronach 188 - 230 oferty nie potwierdzają spełnienia warunku w zakresie wykazania wiedzy i doświadczenia. Zawarte w wykazie doświadczenia opisy wykonanych robót są zbyt ogólne aby wywnioskować z nich czy wykonawca ma odpowiednie doświadczenie, a dodatkowo zamiast referencji przedłożono oświadczenia podwykonawcy, który sam opisuje wykonane przez siebie roboty i potwierdza jakość ich wykonania.
- zawarte na stronie 265 oferty oświadczenie o podwykonawstwie nie pokrywa się z zakresem podzlecanych robót. Mając zaś na uwadze, że stopień skomplikowania robót, w wykonawstwie których doświadczenie ma jedynie podwykonawca konsorcjantów konieczne

będzie korzystanie z niego jak z podwykonawcy w zakresie szerszym niż tylko: "prace ogólno-budowlane", "Instalacja elektryczna", "AKPiA i wizualizacja".

- dokument ze strony 269 oferty Konsorcjum CEGIELSKI mający potwierdzać spełnienia warunków finansowych jest wystawiony przez towarzystwo inwestycyjne, a nie przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową. Nie jest to także dokument potwierdzający wysokość środków lub zdolność kredytową wykonawcy ale dokument potwierdzający wycenę wartości środków zgromadzonych w jednostkach uczestnictwa, co nie odzwierciedla wysokości posiadanych środków. Tym samym warunek finansowy nie jest spełniony.
- Zaniechanie wykluczenia ze względu na brak wadium: zgodnie z przepisami ustawy PZP, wnoszone wadium jest zatrzymywane przez zamawiających w razie ziszczenia się jednej z przesłanek enumeratywnie wymienionych w ustawie PZP. Należą do nich cztery okoliczności wymienione w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. W przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z postanowieniami SIWZ należało wnieść wadium w wymaganej wysokości, które w razie wniesienia go w formie innej niż pieniężna musiało obowiązywać przez co najmniej 90 dni, gdyż taki jest termin związania ofertą. Konsorcjum CEGIELSKI wniosło wadium w formie gwarancji bankowej, w której treści wskazano, że: „niniejszym zobowiązujemy się nieodwołalnie, bezwarunkowo i bezzwłocznie zapłacić każdą kwotę do łącznej wysokości PLN 3.000.000.00 (słownie złotych: trzy miliony 00/100) na Wasze pierwsze pisemne żądanie stwierdzające, że:

a) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie. o którym mowa w Rozdziale V pkt. 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie złożył dokumentów łub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 201 Or. Nr 113, poz. 759) lub pełnomocnictw\ i nie udowodnił, że nastąpiło to z przyczyn nie leżących po jego stronie. lub
b) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie: lub
c) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy: lub
d) Wykonawca spowodował, je zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie."

Zatem podmiot gwarantujący wypłatę wadium świadomie ograniczył zakres okoliczności skutkujących koniecznością jego wypłaty do określonych sytuacji, których nie przewidział prawodawca. Pierwszą okolicznością jest zobowiązanie się do wypłaty wadium gdy wykonawca nie złoży dokumentów w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w Rozdziale V pkt. 9 lSWZ. Rozdział V w pkt. 9 SIWZ stanowi: "W przypadku załączenia do oferty innych dokumentów' niż wymagane przez Zamawiającego (np. materiałów> reklamowych

i informacyjnych) zaleca się aby stanowiły one odrębną część, niezłączoną z ofertą w sposób trwały. Dokumenty takie nie będą podlegały ocenie przez Zamawiającego." Przepis art. 46 ust. 4a przywołuje jako przesłankę zatrzymania wadium wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3. a to zupełnie inna sytuacja. Drugą okolicznością gdy będzie istniała możliwość zatrzymania wadium, jest obowiązek udowodnienia, że Wykonawca spowodował (tj. zawinił), że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Tymczasem prawodawca nie nakłada na uprawnionego z gwarancji - jej beneficjenta, takich obowiązków w zakresie ciężaru dowodowego. Dla zatrzymania wadium wystarczające jest w świetle przepisów ustawy PZP. aby zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, niezależnie od tego czy okoliczność te spowodował dany wykonawca czy na przykład podmiot trzeci, czy też ma ona charakter obiektywny, niezależny od woli i działań człowieka. Różnica jest zasadnicza i przypomina różnicę pomiędzy cywilistycznymi instytucjami odpowiedzialności na zasadzie winy, którą zawsze trzeba udowodnić, co bywa trudne, lub czasami wręcz niemożliwe, a odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka. W świetle przepisów ustawy PZP zamawiający ma prawo zatrzymać wadium, w sytuacji gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie w okolicznościach niezależnych od Wykonawcy, jak na przykład: śmierci osób piastujących funkcje w organach reprezentujących podmiot, co spowoduje ułomność reprezentacji i czasowy brak możliwości działania, wprowadzenia stanu wyjątkowego czy wybuch konfliktu zbrojnego w obszarze siedziby wykonawcy, zaistnienie tzw. siły wyższej (np.: działanie sił przyrody, itp.), która z definicji jest niezależna od człowieka, itp. Ww. okoliczności bez wątpienia będą skutkowały zatrzymaniem wadium, ale nie wadium wniesionego przez

Konsorcjum CEGIELSKI. W tym przypadku gwarant zapłaci jedynie za zawinione przez Konsorcjum CEGIELSKI sytuacje, skutkujące brakiem możliwości zawarcia umowy. Należy domniemywać, że gwarant świadomie wpisał do treści gwarancji wadialnej ww. sformułowanie. Wynika to z sytuacji, która zaistniała na rynku realizacji umów w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowane, w szczególności w branży drogowej, od wiosny bieżącego roku. Wykonawcy obserwują zaostrzenie reguł wydawania gwarancji wadialnych i zabezpieczeń należytego wykonania umowy przez instytucje finansowe, a także zwiększenie kosztów opłat za wystawienie tych dokumentów. Tym samym wykazano, że zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy PZP, ponieważ Konsorcjum CEGIELSKI nie wniosło wadium w sposób opisany przepisami ustawy PZP.

Zamawiający, pismem z dnia 6 sierpnia 2012 r. ustosunkował się do odwołania wnosząc o jego oddalenie.

Biorąc pod uwagę podniesione w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie zarzuty, odwołanie podlega oddaleniu. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

(1) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej podania zbyt małej powierzchni placu dojrzewania i składowania żużla:

Powyższy zarzut opiera się na treści pkt 1.3.2, tabeli 3, poz. 12 Programu Funkcjonalno – Użytkowego (str. 16-17 tego dokumentu), gdzie postawiono wymaganie dotyczące powierzchni placu dojrzewania i składowania żużla – 2890 m^2. Uszło jednak uwadze odwołującego, że powyższe wymaganie zostało zmodyfikowane przez zamawiającego w ramach odpowiedzi na pytanie nr 27 z dnia 14 lutego 2012 r., gdzie podano, że należy przyjąć jako minimalna powierzchnię placu dojrzewania i składowania żużla – 2200 m^2.

Wobec powyższego, podanie w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV powierzchni placu składowania i dojrzewania żużla 2215m^2 nie stanowi o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.
Z tego względu zarzut postawiony w odwołaniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie (podobnie jak analogiczny zarzut podniesiony w odwołaniu wykonawcy Rafako SA w Raciborzu) – należało uznać za nieznajdujący potwierdzenia.

(2) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV z ustawą z powodu podania w części technicznej oferty informacji w języku innym niż polski:

Zarzut podlega oddaleniu. Oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV jest czytelna w stopniu pozwalającym na jej ocenę, zaś posłużenie się w części technicznej, w legendzie opisującej obiekty na rysunku oraz ich powierzchnie oraz kubatury nazwami w języku angielskim nie ogranicza wartości oferty. W części nazwy te opatrzono

polskimi odpowiednikami.

Posłużenie się w treści oferty nazwami w obcym języku, w sposób i w zakresie, jaki wynika z oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV nie stanowi o obowiązku odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą.

(3) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej podania temperatury pary przegrzanej w warunkach przekraczających granicę tolerancji opisaną przez zamawiającego:

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający dopuścił w postępowaniu parametry nie gorsze niż wymagane w odpowiednich postanowieniach Programu Funkcjonalno – Użytkowego. Zamawiający wyjaśnił także na rozprawie relację temperatury wody zasilającej kocioł oraz pary przegrzanej na wylocie z przegrzewacza, wskazując, iż wyższa temperatura wody zasilającej kocioł generuje wyższą temperaturę pary na wylocie, co oznacza uzyskanie korzystniejszych parametrów pracy kotła. Niewątpliwie, wyższą temperaturę pary (np. 420ºC) zamawiający wprost dopuścił w zastrzeżeniu uczynionym w pkt 1.10.1.4.1. Programu Funkcjonalno – Użytkowego. Dopuszczenie wyższej temperatury pary jest równoznaczne z uzyskaniem wyższej temperatury wody zasilającej kocioł. Tezę powyższą potwierdza brzmienie pkt 1.10.1.4.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego, w którym zaakcentowano istotne znaczenie kotła parowego w projektowanej spalarni, podając, że podstawowym urządzeniem nowego Bloku będzie kocioł parowy współpracujący z paleniskiem opalanym odpadami komunalnymi, przy czym parametry procesowe pracy i konstrukcyjne kotła parowego dobierze Wykonawca dla poprawnej współpracy z paleniskiem i zadanego zakresu ilości i wartości opałowej odpadów, przy czym nie będą one gorsze niż: „szacunkowa wydajność pary 31,5 M/h; ciśnienie pary na wylocie z przegrzewacza 41 bar (a), tolerancja ciśnienia pary na wylocie z przegrzewacza +/- 0,5 bara, temperatura pary na wylocie (w zakresie obciążeń 70÷110%) 400ºC, temperatura wody zasilającej 120ºC, znamionowa sprawność brutto (dla WMT) (stan po 1000÷1200 h od rozruchu ze stanu zimnego kotła czystego) > 82%, temperatura spalin wylotowych 120h÷160ºC. W pkt tym podano przy tym wyraźnie, że: „Zamawiający *dopuszcza wyższe parametry pary (np. 420ºC) pod warunkiem zagwarantowania wymaganej dyspozycyjności Bloku oraz żywotności przegrzewaczy i wskazanych przedziałów tolerancji parametrów pary przegrzanej."* Zamawiający zastrzegł także w zakresie temperatury pary, że układ regulacji temperatury pary świeżej należy zaprojektować tak, by w całym zakresie przewidywanej zmienności obciążenia możliwe było

utrzymanie wartości temperatury i ciśnienia pary na wylocie z kotła w zadanych przedziałach tolerancji: p=40 +/-0,05 [ºC] oraz T=400 +/- [ºC] przy zmianach mocy termicznej brutto = (70÷110)% mocy nominalnej (str. 61 Programu Funkcjonalno – Użytkowego). Zatem zamawiający dopuścił wyższą niż zasadniczo założone 400ºC (np. 420ºC) temperaturę pary. Powyższe oznacza, że – po pierwsze – zamawiający pozostawił wykonawcom dobór szczegółowych parametrów pracy i konstrukcyjnych kotła, stosownie do przyjętego w konkretnej ofercie rozwiązania, oraz – po drugie - że dopuścił inne, korzystniejsze (wyższe) niż opisane przez siebie w Programie Funkcjonalno - Użytkowym parametry.

Zamawiający wyjaśnił także przekonująco, że wykonawca miał prawo zaoferować parametry pary nie gorsze niż 41 bar(a) i 400 ºC. Podzielono także stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma mowy o konieczności braku wspomagania pracy kotła przez palniki wspomagające w zakresie 70 ÷ 110 %, a jest jedynie wymóg zachowania parametrów pary i tolerancji: *„Kocioł powinien umożliwić pracę ze zmiennym obciążeniem w zakresie 70 ÷ 110 % WMT, bez zmiany parametrów pary świeżej i zadanych przedziałów tolerancji tych parametrów".* Zatem także argumentacja dotycząca konieczności wsparcia procesu dodatkowym spalaniem pomocniczym palnikiem nie znalazła potwierdzenia – zamawiający wyjaśnił, że wszyscy wykonawcy przewidzieli palnik.

Z powyższego wynika zatem, że podanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV temperatury i ciśnienia pary przegrzanej na wylocie 420ºC nie stanowi o niezgodności z oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

(4) w zakresie zarzutu dotyczącego obowiązku poprawienia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej mocy elektrycznej brutto:

Jak szczegółowo podano w zakresie zarzutu podniesionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie (pkt V ppkt (6) uzasadnienia), dane zawarte w załączniku 1a jak i 1b stanowią deklaracje wykonawcy – wyrażają zobowiązania osiągnięcia w wyniku zaoferowanej technologii określonej wysokości parametrów istotnych z perspektywy zamawiającego. Te deklaracje, zgodnie z oświadczeniami wykonawcy zamawiający winien był brać pod uwagę, jeśli zostały one uwiarygodnione w dalszej części oferty – składającej się na nią części technicznej. Informacje te, wbrew wnioskowi odwołującego, nie wymagają poprawienia.

(5) w zakresie zarzutu dotyczącego obowiązku poprawienia oferty wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej gwarantowanej żywotności rusztowin:

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wbrew twierdzeniu odwołującego, wymaganie zamawiającego, mówiąc o zużyciu rusztowin nie oznacza obowiązku prezentowania stopnia amortyzacji rusztowin, ale ich wymiany. Stąd możliwym jest przyjęcie, że w pierwszym roku to zużycie będzie miało wartość 0%, a dopiero w drugim osiągnie poziom 6%. Dostrzeżenia wymaga przy tym, że sporny stopień zużycia rusztowin określany jest na umowny moment w czasie, skoro określa się go dla pierwszego a następnie kolejnego roku eksploatacji. Stąd nie podzielono wnioskowania odwołującego, zgodnie z którym niemożliwe jest, by proces zużywania rusztowin rozpoczął się dokładnie po roku i to aż na poziomie 6 %.

Nie podzielono zatem powyższego zarzutu.

(6) w zakresie zarzutów wskazujących na zaniechanie wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon:

Zarzuty podniesione wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon, co do zasady, znalazły potwierdzenie. Podzielono także, wbrew odmiennemu stanowisku zamawiającego, zarzut dotyczący niespełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon warunku w zakresie zdolności finansowej, jako że stan posiadania srodków na rachunku inwestycyjnym nie jest równoznaczny z posiadaną zdolnością kredytową albo stanem posiadanych środków finansowych na rachunku. Podzielono w tym zakresie argumentację wyrażoną w odniesieniu do zarzutu zawartego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie (pkt V, ppkt 8 uzasadnienia).

Uwzględniając jednak fakt, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego H.Cegielski-Poznań S.A. w Poznaniu, GROS-POL Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, oraz Jacob Stiefel GmbH w Wetzikon została definitywnie odrzucona – potwierdzenie powyższych zarzutów pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący także zdawał się mieć ten fakt na uwadze, podnosząc powyższe zarzuty i opatrując je wyłącznie żądaniem warunkowym, dotyczącym sytuacji nakazania

unieważnienia odrzucenia oferty tych wykonawców: *nakazania zamawiającemu, w razie przywrócenia do badania i oceny ofertę Konsorcjum CEGIELSKI, wykluczenia ww. wymienionego Konsorcjum CEGIELSKI wobec braku wadium, alternatywnie wezwania do uzupełnienia dokumentów w ofercie lub wyjaśnienia ich treści i wykluczenia Konsorcjum CEGIELSKI w razie ich nieuzupełnienia lub zaniechania wyjaśnienia.*

VIII. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOśONEGO PRZEZ WYKONAWCĘ MOSTOSTAL WARSZAWA SA W WARSZAWIE (spr. o sygn. KIO 1617/12):

Wykonawca Mostostal Warszawa SA w Warszawie wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie oraz na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie a także oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium N.V.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 ustawy - poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP - poprzez jego niezastosowanie pomimo, że treść złożonych w niniejszym postępowaniu ofert jest niezgodna z treścią siwz; art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP - poprzez odrzucenie ofert następujących wykonawców: Rafako S.A.; Strabag Sp. z o.o.; Konsorcjum: Bilfinger Berger Budownictwo S.A., Valoriza Servicos Medioambientales S.A., JFE Engineering Corporation, przy jednoczesnym zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex w sytuacji, gdy oferty te zawierają analogiczne niezgodności treści oferty z treścią siwz; art. 91 ust. 1 PZP - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum INTEGRAL, tj. wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Konsorcjum INTEGRAL; nakazanie ponownej oceny i badania ofert i odrzucenie ofert Konsorcjum INTEGRAL oraz Konsorcjum Budimex; wybór oferty złożonej przez Mostostal, jako oferty najkorzystniejszej i spełniającej wymagania siwz.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentuje:

(1) w zakresie zarzutu niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV w części dotyczącej ilości bram wjazdowych:

- stosownie do treści pkt 1.10.2.1. Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej „PFU"), który zawiera wymagania zamawiającego dot. hali wyładunkowej, hala ta powinna być wyposażona w bramy wjazdowe, których liczba równa będzie liczbie stanowisk wyładowczych bunkra (str. 97 PFU);
- analiza odtajnionej przez zamawiającego treści oferty Konsorcjum Budimex (rysunki „Układ ogólny. Powierzchnie7„Układ ogólny. Oznaczenie" - strony 580- 581 oferty) prowadzi do wniosku, iż przy czterech przewidzianych przez Konsorcjum Budimex stanowiskach wyładowczych bunkra, wykonawca ten przewidział wyłącznie jedną bramę wjazdowo/wyjazdową do hali wyładunkowej (na ścianie północnej). Powyższe przesądza o niezgodności zaproponowanego przez Wykonawcę rozwiązania z wymogiem zamawiającego określonym w SIWZ;
- ww. niezgodność treści oferty z treścią siwz była przesłanką odrzucenia z przedmiotowego postępowania trzech innych ofert, tj. ofert wykonawców: Rafako S.A.; Strabag Sp. z o.o.; Konsorcjum: Bilfinger Berger Budownictwo S.A., Valoriza Servicos Medioambientales S.A., JFE Engineering Corporation.

(2) w zakresie zarzutu niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV w części dotyczącej placu manewrowego:

- w PFU w pkt 1.10.3.1 (na str. 102) odnoszącym się m.in. do placu manewrowego zamawiający dokonał opisu wymagania w następujący sposób: „W rejonie hali rozładunkowej należy wykonać plac manewrowy z miejscem postoju dla samochodów oczekujących na rozładunek o powierzchni min. 550m2";
- z analizy odtajnionej przez Zamawiającego treści oferty Konsorcjum Budimex (rysunki „Układ ogólny. Powierzchnie"/„Układ ogólny. Oznaczenie" - strony 580- 581 oferty) wynika, że w obszarze wskazanym jako plac manewrowy znajdują się: obszar dodatkowej kontroli pojazdów ciężarowych (wymóg pkt 1.10.1.1.1 str. 49 PFU), oraz ciągi komunikacyjne (wyjazd z wagi wjazdowej, dojazd do wagi wyjazdowej);

- w związku z powyższym w zaznaczonym obszarze nie ma możliwości swobodnego i bezpiecznego manewrowania samochodem ani oczekiwania np. na możliwość wjechania do hali rozładunkowej, co czyni treść oferty Konsorcjum Budimex sprzeczną z treścią siwz.
(3) w zakresie zarzutu niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV w części dotyczącej bram przeciwpożarowych:
- stosownie do treści siwz (pkt 2.12.2 na str. 137 PFU) wykonawcy zostali zobowiązani przez

zamawiającego do przewidzenia w ogrodzeniu bram przeciwpożarowych w ilości wynikającej z obowiązujących przepisów;
- z analizy odtajnionej przez zamawiającego treści oferty Konsorcjum Budimex (rysunki „Układ ogólny. Powierzchnie”/„Układ ogólny. Oznaczenie” - strony 580- 581 oferty) wynika, że wykonawca ten nie przewidział jakichkolwiek bram przeciwpożarowych, co czyni treść jego oferty sprzeczną z treścią siwz.
(4) w zakresie zarzutu niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie w części dotyczącej ciągów komunikacyjnych:
- według pkt 1.4.3. ppkt 7 PFU („Zagospodarowanie terenu” - str. 22 PFU) ciągi pieszo-jezdne (dojazd i dojście) do obiektów Zakładu powinny być przewidziane jako oddzielne ciągi komunikacyjne: dla pojazdów ciężarowych, połączony z ul. Sulańską - do placów manewrowych oraz miejsc, do których dostarczane będą odpady; dla samochodów osobowych wjeżdżających i opuszczających teren zakładu, połączony z ul. Sulańską - do parkingu obok Budynku administracyjno- socjalnego.;
- powyższe było również przedmiotem udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień do siwz (wyjaśnienia z dnia 13.01.2012 r. - odpowiedź na pytanie 26), w ramach których zamawiający podkreślił konieczność wykonania oddzielnych ciągów komunikacyjnych dla pojazdów ciężarowych oraz osobowych;
- analiza odtajnionej przez zamawiającego treści oferty Konsorcjum INTEGRAL (rysunek PZT Koncepcja) prowadzi do wniosku, iż w ofercie Konsorcjum INTEGRAL przewidziany jest wspólny pas ruchu zarówno dla samochodów osobowych, jak i ciężarowych na odcinku od wyjazdu z parkingu przy budynku administracyjnym do bramy wyjazdowej. W związku z powyższym treść oferty Konsorcjum INTEGRAL pozostaje w sprzeczności z treścią siwz.
(5) w zakresie zarzutu niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie w części dotyczącej bram przeciwpożarowych:
- stosownie do treści siwz (pkt 2.12.2 na str. 137 PFU) wykonawcy zostali zobowiązani przez zamawiającego do przewidzenia w ogrodzeniu bram przeciwpożarowych w ilości wynikającej z obowiązujących przepisów;
- z analizy odtajnionej przez zamawiającego treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie (rysunek PZT Koncepcja) wynika, że wykonawca ten nie przewidział jakichkolwiek bram

przeciwpożarowych, co czyni treść jego oferty sprzeczną z treścią siwz.
(6) w zakresie zarzutu niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie w części dotyczącej rozdrabniarki:
- według pkt 1.10.1.1.3 PFU (str. 49-51) w hali wyładunkowej lub w bezpośrednim jej sąsiedztwie powinno być przewidziane miejsce dla rozdrabniarki odpadów wielkogabarytowych;
- analiza odtajnionej części treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu,

INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie (rysunek PZT Koncepcja) wskazuje na brak przewidzenia przez wykonawcę miejsca dla tego typu urządzenia zarówno w hali rozładunkowej, jak również w jej pobliżu (stanowisko poza halą powinno być wyposażone w zabezpieczenia p.poż. oraz zabezpieczenia przed rozprzestrzenianiem się hałasu). W związku z powyższym, z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią siwz oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie winna zostać odrzucona.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podzielił zarzut dotyczący podstawy do odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV.

Biorąc pod uwagę podniesione w odwołaniu Mostostal Warszawa SA w Warszawie zarzuty, odwołanie podlega uwzględnieniu. Potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV, co może mieć wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy). Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

(1) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej podania zbyt małej ilości bram wjazdowych w stosunku do ilości stanowisk wyładowczych:

W pkt 1.10.2.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego (str. 97 Programu Funkcjonalno – Użytkowego) postawione zostało wymaganie, zgodnie z którym hala wyładunkowa powinna

posiadać powierzchnię pozwalającą na swobodne manewrowanie pojazdów dostarczających odpady; powinna być także wyposażona w bramy wjazdowe, których liczba powinna być równa liczbie stanowisk wyładowczych bunkra. Wymaganie to mieści się w części, którą wykonawcy – zgodnie z opisem zawartym w części końcowej załącznika 1a (str. 9 tego dokumentu) obowiązani byli szczegółowo prezentować w części technicznej oferty, w sposób, który pozwoli zamawiającemu na przeprowadzenie pełnej oceny, czy przedstawiona oferta wypełnia wszystkie wymagania technologiczne i techniczne określone w rozdziałach 1.9 (Ogólne właściwości funkcjonalno – użytkowe), 1.10.1 (Rozwiązania technologiczne) oraz 1.10.2 (Rozwiązania architektoniczno – budowlane) Programu Funkcjonalno – Użytkowego.

Bezspornym jest, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV przewidzieli w ofercie jedynie jedną bramę przy jednoczesnym założeniu czterech stanowisk wyładowczych. Wynika to z treści oferty tych wykonawców, nadto zostało potwierdzone przez tych wykonawców. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV oświadczyli na rozprawie, że nie zostały przewidziane cztery bramy, a jest zapewniona jedna brama. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV wytłumaczyli powyższe uznaniem, że jest na to przyzwolenie zamawiającego by zaoferować takie rozwiązanie, co wywiedziono z odpowiedzi zamawiającego na pytania 12, 46, 47 i 48 z 14 lutego 2012 r., w których zamawiający na pytania dotyczące zmiany instalacji położenia komina budynku administracyjnego uznał możliwość zmian w tym zakresie. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV tłumacząc zaoferowanie mniejszej ilości bram wjazdowych aniżeli stanowisk wyładowczych wskazali na brzmienie punktu 1.10.1.3 Programu Funkcjonalno – Użytkowego, gdzie postawiono wymaganie maksymalnego odizolowania placu wyładunkowego od środowiska zewnętrznego.

Poddając analizie powyższy zarzut, dostrzeżenia wymaga, że wymaganie zapewnienia bram wjazdowych, w ilości równej ilości stanowisk wyładowczych jest jednoznaczne i bezwarunkowe. Nie sposób przyjąć, by odpowiedzi udzielone przez

zamawiającego na zadane przez wykonawców pytania wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmieniły znaczenie tego wymagania, albo uczyniły je uzależnionym od koncepcji przyjętej przez danego wykonawcę. Odpowiedzi na pytania nr 12 oraz 46 dotyczą możliwości zaprojektowania konfiguracji obiektów instalacji według własnego rozwiązania, w sposób dający możliwość skomunikowania instalacji z istniejącym układem

dróg dojazdowych oraz obiektów MZGOK – nie przewiduje ona zatem zmiany wymaganych elementów, w tym ich ilości, a pozwala na ich inne rozmieszczenie. Następnie, odpowiedzi na pytania nr 47 i 48 dotyczące podania współrzędnych komina, obejmują przyzwolenie zamawiającego na dokonanie rozmieszczenia komina przez wykonawcę (odpowiedź odsyła do odpowiedzi na pytanie nr 46). Reasumując, z powyższych odpowiedzi zamawiającego nie sposób wnioskować o uelastycznieniu innych wymagań stawianych wobec oferowanego rozwiązania, w tym w szczególności dotyczących możliwości wprowadzenia innej ilości bram aniżeli wynikająca z ilości przewidzianych stanowisk wyładowczych. Nie może stanowić uzasadnienia dla zaprojektowania ilości bram wjazdowych niezgodnie z wymaganiem opisanym w pkt 1.10.2.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego brzmienie punktu 1.10.1.3 Programu Funkcjonalno – Użytkowego, mówiącego o maksymalnym odizolowaniu placu wyładunkowego od środowiska zewnętrznego. Postanowienie to nie zmienia bowiem wymagania dotyczącego zaprojektowania bram wjazdowych w ilości równej liczbie stanowisk wyładowczych.

Powyższe decydowało o uznaniu zasadności zarzutu stawianego przez Mostostal Warszawa SA w Warszawie (a także analogicznego zarzutu w odwołaniu Rafako SA w Raciborzu), co skutkowało nakazaniem odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV.

(2) W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej podania zbyt małej powierzchni placu manewrowego:

Bezspornym jest, że zamawiający wymagał, by plac manewrowy miał powierzchnię nie mniejszą niż 550 m^2 – wynika to z pkt 1.10.3.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego.

Na podstawie planu zamieszczonego w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV (rys. 0031, str. 581), zamawiający ustalił, za pomocą skalowania i porównania do innych obiektów, że powierzchnia tego placu, wraz z halą rozładunkową wynosi 688 m^2.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV na podstawie rysunku argumentowali, że z 970 m^2 przeznaczonych na plac manewrowy, w którym mieszczą się ciągi komunikacyjne i inne elementy, z całą pewnością zapewnione jest 550 m^2 na cele placu manewrowego, podkreślając że priorytetem było zwiększenie dróg również do innych celów, stąd zapewniono drogi szersze zapewniające ruch dwukierunkowy (tj. na pewnych fragmentach) mimo wymogu zapewnienia ruchu jednokierunkowego, a także przewidziano

zwiększoną powierzchnię placu parkingowego/miejsc postojowych przy budynku socjalnym – administracyjnym - co dotyczy 29 miejsc parkingowych, w tym dwóch miejsc dla osób niepełnosprawnych.

Poddając analizie postawiony zarzut uznano, że odwołujący nie wykazał, by założony plac manewrowy w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV miał mieć powierzchnię niższą niż wymagane 550 m^2. Nie stanowi takiego argumentu fakt, że w obszarze placu przewidziano zbiornik na olej – nawet uwzględniając konieczność zachowania właściwej odległości z uwagi na konieczność sprostania odpowiednim przepisom przeciwpożarowym (stanowiska stron były tu sporne co do owej odległości: odwołujący wskazywał na 5 m, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV – na 3 m), powierzchnia

przewidziana na cele placu manewrowego mieści się w zakresie wymagania postawionego przez zamawiającego. Podobnie, uwzględnienie ciągów komunikacyjnych i innych elementów w obszarze placu manewrowego wraz z halą rozładunkową nie oznacza, że w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV nie zapewniono wymaganej powierzchni 550 m² placu manewrowego.

Uwzględniając przy tym pewien margines błędu, wynikający z przyjęcia powierzchni tego placu w pewnym uproszczeniu, to jest jako wyniku skalowania placu zaznaczonego na rysunku i przyrównania do innych obiektów o znanej powierzchni, zestawienie ustalonej przez zamawiającego powierzchni tego placu tj. 688 m $_2$ z wymaganymi 550 m $_2$ prowadzi do wniosku, że powyższe wymaganie zostało spełnione.

Z tych względów zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

(3) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej nieprzewidzenia bram przeciwpożarowych:

Wymaganie dotyczące bram przeciwpożarowych zawarte zostało w pkt 2.12.2 Programu Funkcjonalno – Użytkowego (jego str. 137).

Jak wynika natomiast z treści części wstępnej Załącznika 1a - Formularz oferty w Części Technicznej B (str. 9 załącznika) *„w części technicznej Wykonawca musi zamieścić opis techniczny wszystkich węzłów technologicznych instalacji w takim stopniu i aby pozwoliło to na przez szczegółowości jednoznaczności, przeprowadzenie Zamawiającego pełnej oceny, czy przedstawiona oferta wypełnia wszystkie wymagania technologiczne i techniczne określone w rozdziałach 1.9 (Ogólne właściwości funkcjonalno –*

użytkowe), 1.10.1 (Rozwiązania technologiczne) oraz 1.10.2 (Rozwiązania architektoniczno – budowlane) Programu Funkcjonalno – Użytkowego.”. Zatem jedynie w odniesieniu do wymagań zamawiającego ujętych w pkt *1.9, 1.10.1 oraz 1.10.2* Programu Funkcjonalno – Użytkowego istniał wyraźny obowiązek zapewnienia i opisania w części technicznej wszystkich elementów i rozwiązań w taki sposób, by na podstawie tego opisu możliwa była ocena, czy wymagania te wykonawca spełnił. Wymaganie dotyczące bram przeciwpożarowych zamieszczone zostało w pkt 2.12.2 Programu Funkcjonalno – Użytkowego, co oznacza, że wykonawca będzie obowiązany wykonać zadanie zgodnie z tym wymaganiem, nie ma jednak obowiązku na etapie składania oferty szczegółowo prezentować powyższego w części technicznej oferty.

Z tego względu powyższy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

(4) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej odpowiednio zaprojektowanych ciągów komunikacyjnych:

Zarzut w powyższym zakresie nie zasługiwał na uwzględnienie.

Ciągi komunikacyjne w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie zostały zapewnione. Na obecnym etapie, ich szczegółowa analiza i wnioskowanie o niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na podstawie złożonego rysunku, czy choćby umiejscowienia na odpowiednim pasie rysunku ciężarówki są zbyt daleko idące. Rysunek musi być traktowany jako projekcja o pewnym stopniu elastyczności i uogólnienia – w części końcowej załącznika 1a (str. 10 tego załącznika), w pkt 7 i 8 mówi się zresztą o *propozycji wstępnej koncepcji architektonicznej obiektów instalacji wraz z opisem i szkicami elewacji, prezentującymi proponowane rozwiązania; ogólnym planie rozmieszczenia obiektów na terenie objętym inwestycją z zaznaczeniem planowanych przyłączy mediów i wyprowadzeniem energii.* Samo wymaganie dotyczące ciągów komunikacyjnych także zamieszczone zostało przez zamawiającego w tej części Programu Funkcjonalno – Użytkowego, która nie wymagała szczegółowego opisu w części technicznej oferty: ujęto je bowiem w pkt 1.4.3, co także przyznaje odwołujący, powołując się dokładnie na to postanowienie Programu Funkcjonalno – Użytkowego. Wymagania dotyczące ciągów

komunikacyjnych nie były zatem zawarte w punkcie 1.9, 1.10.1 lub 1.10.2 Programu Funkcjonalno – użytkowego, co nakazuje uznać, że sposób ich zaprezentowania w ofercie nie wymagał pełnej dokładności.

Dostrzeżenia dalej wymaga, że postępowanie powadzone jest w formule „zaprojektuj i wybuduj". Na obecnym etapie, nie sposób przypisywać złożonym rysunkom, co do których zamawiający podał, że mają charakter wstępnej koncepcji, czy że stanowią ogólny plan rozmieszczenia obiektów, takiego znaczenia, by na podstawie każdego szczegółu wnioskować o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Stąd pewna elastyczność w ocenie tych rysunków, pewien poziom uogólnienia i uproszczenia jest naturalny zarówno na etapie konstruowania oferty jak i następnie – na etapie jej badania przez zamawiającego. Na podstawie rysunków złożonych w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie oraz podniesionej wobec tej oferty argumentacji, nie dopatrzono się w powyższym zakresie zasadności zarzutów.

(5) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej nieprzewidzenia bram przeciwpożarowych:

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – opis rozwiązań dotyczącym bram przeciwpożarowych nie był wymagany: to wymaganie zostało ujęte w pkt 2.12.2 Programu Funkcjonalno – Użytkowego, podczas gdy zamawiający wymagał prezentowania w części technicznej oferty jedynie wymagań opisanych w pkt 1.9, 1.10.1 oraz 1.10.2 Programu Funkcjonalno – Użytkowego. W powyższym zakresie podzielono argumentację wyrażoną w odniesieniu do analogicznego zarzutu, kierowanego wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV (pkt VIII ppkt (3) uzasadnienia).

(6) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej nieprzewidzenia miejsca dla rozdrabniarki:

Odwołujący powyższy zarzut sformułował w oparciu o analizę odtajnionej części oferty, wnioskując na jej podstawie, że nie zostało przewidziane miejsce dla tego typu urządzenia, zarówno w hali rozładunkowej jak i w jej pobliżu.

Zarzut ten nie znalazł potwierdzenia – w utajnionej części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und

Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, na jej stronie 1_40 podana została taka rozdrabniarka.

Powyższe decydowało o nieuwzględnieniu postawionego w powyższym zakresie zarzutu.

IX. ROZSTRZYGNIĘCIE ODWOŁANIA ZŁOśONEGO PRZEZ WYKONAWCĘ RAFAKO SA W RACIBORZU (spr. o sygn. KIO 1618/12):

Odwołujący Rafako SA w Raciborzu złożył odwołanie wobec:
1) braku poprawienia omyłek w treści oferty odwołującego, ewentualnie braku wezwania RAFAKO SA w Raciborzu do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty oraz w wyniku wniesienia tych wyjaśnień - poprawienia zawartych w niej omyłek;
2) braku wezwania RAFAKO SA w Raciborzu do uzupełnienia brakujących dokumentów;
3) nieprawidłowej oceny złożonych ofert;
4) braku odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie jako niezgodnej z SIWZ;
5) braku odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex S.A. Keppel Seghers Belgium N.V. (dalej „Konsorcjum Budimex") jako niezgodnej z SIWZ;
6) odrzucenia oferty złożonej przez RAFAKO.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Integral jako najkorzystniejszej;
2) poprawienia omyłek w ofercie RAFAKO ewentualnie wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień dokumentów w zakresie treści złożonej oferty oraz poprawienia w wyniku złożonych wyjaśnień wskazanych omyłek;
3) dokonania ponownej oceny ofert;
4) odrzucenia oferty Konsorcjum Integral;
5) odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex;
6) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty RAFAKO.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł:
(1) w zakresie zarzutów dotyczących bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezapewnienia zbiornika paliwowa rozruchowo – wspomagającego, zgodnego z wymaganiami pkt 1.10.1.11.4 Programu Funkcjonalno - Użytkowego:
- jako bezpośredni powód odrzucenia oferty odwołującego w tym kryterium, zamawiający podał wskazanie w ofercie RAFAKO, iż zapas oleju w zbiorniku wystarcza na jeden zimny start lub wspomaganie procesu termicznego przekształcania odpadów przez co najmniej

3 dni oraz brak wskazania, że pojemność zbiornika wystarcza także na wybieg instalacji z zachowaniem prawnych wymagań procesowych. Przywołana treść oferty RAFAKO powinna zostać zakwalifikowana jako omyłka. Wskazana nieścisłość jest wynikiem błędnego tłumaczenia opisu otrzymanego od niemieckiego partnera, w gestii którego było przygotowanie rysunków i opisu zbiornika. Tzw. wybieg instalacji jest równoznaczny z trybem normalnej pracy, dlatego też oświadczenie o pracy w trybie wspomagania zakłada także wybieg instalacji, który jest niczym innym niż czasem na jej bezpieczne wyłączenie.
- zaoferowany zbiornik spełnia wymagania zawarte w SIWZ, zaś działanie zamawiającego polegające na braku zwrócenia się do RAFAKO o wyjaśnienie treści oferty, pomimo jej oczywistej (pozornej) niezgodności z SIWZ, należy uznać za nielogiczne. Trudno bowiem zakładać, że pomimo jasnego wymogu PFU, profesjonalny podmiot biorący udział w postępowaniu zaoferowałby rozwiązanie wprost niezgodne z wymaganiami SIWZ. Zamawiający dysponujący gronem ekspertów z zakresu technologii termicznego przekształcania odpadów musiał posiadać informacje, iż zbiornik o pojemności minimalnej tj. 100 m3 musi zapewniać zapas oleju na działanie instalacji w pełnym zakresie pracy określonym w PFU. Celem wykazania, ze zbiornik oleju zaoferowany przez odwołującego spełnia wymogi postawione w postępowaniu, konieczne jest przedstawienie wyliczeń opartych na danych zawartych w ofercie RAFAKO oraz informacjach znanych powszechnie. W ofercie odwołującego na rysunku nr B20027-021000R, przedstawiającym Plan sytuacyjny, uwidoczniony został zbiornik oleju opałowego lekkiego (oznaczony symbolem UEJ). Przywołany rysunek sporządzony został w skali 1:250. Powoduje to, że można z niego wprost obliczyć pojemność zaoferowanego zbiornika. Rzeczywiste wymiary wynikające z Planu sytuacyjnego (przy uwzględnieniu wyżej wymienionej skali) wynoszą: długość: 1=15,0 m, średnica: d=2,9 m, zaś sam zbiornik ma kształt walca (co wynika wprost z rysunku, poprzez zaznaczenie osi obrotu na schemacie zbiornika), to jego rzeczywista pojemność powiększona jest o dennice, występujące po obu stronach walca. Mając dane: pojemność części walcowej zbiornika i znając wzór na obliczenie objętości walca: V=7txd2x0,25xl, otrzymujemy następne działanie: 3,14 x 2,92 x 0,25 x 15 = 99,1 m3 oraz pojemność dennic: 2 x 0,1298 x 2,9 = 6,3 m3, uzyskujemy pojemność zbiornika na poziomie 105,4 m3, która to wartość jest zgodna z przywołanymi powyżej wymaganiami PFU. Zbiornik musi mieć kształt walca, gdyż jest on zdeterminowany sposobem magazynowania (przechowywania) cieczy. Jedynie taki kształt zapewnia odpowiednie warunki, konieczne do spełnienia mając na względzie właściwości przechowywanego oleju. Jednocześnie w celu wykazania, że zaoferowana pojemność zbiornika jest wystarczająca dla spełnienia wymagań punktu 1.10.1.11.4. PFU, konieczne jest dokonanie dalszych obliczeń. Ilość oleju potrzebnego na jeden zimny rozruch dla tego typu instalacji kształtuje się na poziomie około 12000 kg, tj.

około 14,3 m3. Przyjmuje się że gęstość oleju stosowanego do celów opisanych w przywołanym punkcie PFU wynosi pomiędzy 830 a 850 kg/m3 (wg normy: PN-C-96024:2011 „Przetwory naftowe - Oleje opałowe"). Dla wyliczeń przyjęto wartość średnią tj. 840 kg/m3. Wartość opałowa oleju lekkiego to ok. 42700 kJ/kg (także wg wskazanej wyżej normy). Maksymalna moc termiczna brutto paleniska deklarowana w ofercie RAFAKO (załącznik nr lb str. 25 oferty) wynosi 28,3 MW. Z wykresu spalania umieszczonego w Załączniku nr 4 do części technicznej B oferty RAFAKO wynika, że moc konieczna (odnosząca się do mocy palnika wspomagającego proces spalania) do poprawnego działania instalacji w ruchu wspomagającym wynosi około 4,25 MW, co pozwala uzyskać łączną moc pow. 21,25 MW, czyli powyżej górnej granicy obszaru, dla którego wymagane może być użycie palników wspomagających przy częściowym zabrudzeniu kotła. W celu wskazania, że pojemność zaoferowanego zbiornika jest wystarczająca, a nawet przewyższa potrzeby instalacji przyjęliśmy dla łatwości obliczeń, że palniki będą pracowały w trybie wspomagania z mocą 6,0 MW. Ilość zużywanego przez palnik paliwa wyliczona została jako 6,0 MW (moc palnika) x 1000 (w celu przeliczenia jednostek z MW na kW) / 42700 kJ/kg (wartość opałową oleju) i wynosi 0,14 kg/s, tj. 506 kg/h. Zamawiający wymagał aby praca w trybie wspomagania możliwa była przez minimum 72h. Poprzez przemnożenie ilości paliwa zużywanego przez palnik w ciągu godziny (zaoferowano rozwiązanie wykorzystujące tylko jeden palnik (rys. nr B20027-021002B), przez ilość wymaganych godzin pracy otrzymujemy zużycie oleju w trybie wspomagania na poziomie 36 432 kg tj. około 43,4 m3 w ciągu 72h. Ilość oleju potrzebnego na wybieg instalacji obliczana jest poprzez pomnożenie mocy pracującego palnika (zakłada się że będzie on pracował na 100% mocy), tj. 18 MW (zgodnie z informacją zawartą na str. 217 oferty RAFAKO) przez ilość godzin przez jaką konieczna jest praca w wybiegu (maksymalnie 2h). Poprzez przemnożenie tych dwóch wartości oraz odniesienie jej do wartości opałowej oleju lekkiego otrzymujemy wynik wskazujący, że w trakcie wybiegu palnik zużyje 3 035 kg oleju, tj. około 3,6 m3. Sumując wszystkie trzy powyższe wartości zużycia oleju (14,3 m3, 43,4 m3 oraz 3,6 m3) uzyskujemy wynik 61,3 m3 a więc dużo mniej niż zaoferowany w ofercie RAFAKO zbiornik, co potwierdza, że zaproponowana pojemność zbiornika zostanie wykorzystywana na cele określone w PFU jedynie w około 60 procentach. Powyższe wyliczenia wskazują, że zaproponowany zbiornik paliwa rozruchowo - wspomagającego ma pojemność zgodną z wymaganiami PFU, a co za tym idzie odrzucenie oferty RAFAKO bez wezwania do złożenia stosownych wyjaśnień należy zakwalifikować jako działanie niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i naruszające dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 upzp. 2.

(2) W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezapewnienia właściwej ilości bram wjazdowych, zgodnego z wymaganiami pkt 1.10.2.1

Programu Funkcjonalno – Użytkowego:
- zarzut zamawiającego, że ofercie przedstawione zostało rozwiązanie z którego wynika, że dla czterech stanowisk rozładowczych odpadów zaproponowano jedynie dwie bramy wjazdowe, co jest niezgodne z treścią SIWZ jest bezpodstawny i nieznajdujący odzwierciedlenia w ofercie. Odwołujący w części technicznej zaoferował rozwiązanie obejmujące trzy stanowiska wyładowcze i trzy bramy wjazdowe. Zamawiający w treści Załącznik nr 10 do SIWZ (Program Funkcjonalno - Użytkowy) w pkt 1.10.2.1 „Hala wyładowcza" postawił wymóg: „Hala wyładunkowa (....) wyposażona zostanie w bramy wjazdowe, których liczba równa będzie liczbie stanowisk wyładowczych bunkra". Ponadto w punkcie 1.10.1.1.3 zamieszczono opis/definicję, dotyczącą stanowiska wyładowczego. Według tego opisu stanowisko takie ma posiadać następującą charakterystykę: stanowisko rozładowywania samochodów wykonać tak, by rozładowywane odpady zsuwały się do bunkra po odpowiednio ukształtowanej zsuwni posadzce hali wyładunkowej, stanowiska rozładowywania odpadów wyposażyć należy w klapy zamykające, zamykane każdorazowo po zakończeniu rozładunku Ilość zaoferowanych stanowisk spełniających wymogi opisane powyżej w ofercie Odwołującego wynosi trzy.
- Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego wskazał, że w swojej ofercie RAFAKO przedstawiło cztery stanowiska rozładowcze, co jest niezgodne ze stanem faktycznym.

Wydaje się, że takie działanie zamawiającego spowodowane było zakwalifikowaniem jako stanowiska rozładowczego, stanowiska do rozdrabniania wielkogabarytowych odpadów, które nie może jednak być kwalifikowane jako stanowisko wyładowcze, gdyż nie spełnia wyżej wymienionych wymagań zawartych w PFU nie jest ono wyposażone w zsuwnię w posadzce hali wyładunkowej oraz klapę zamykającą. Istotnym jest ponadto, że stanowisko do rozdrabniania odpadów wielkogabarytowych w związku ze swoją specyfiką jest wykorzystywane w dużo mniejszym stopniu, niż stanowiska wyładowcze, co także uzasadnia interpretację zapisów SIWZ przedstawioną przez odwołującego. Na marginesie należy jedynie podkreślić, że zamontowanie urządzenia do rozdrabniania odpadów było fakultatywne. W związku z tymi okolicznościami należy wskazać, że zamawiający zawierając opis stanowiska wyładowczego w Programie Funkcjonalno - Użytkowym jednoznacznie wskazał co rozumie przez takie stanowisko, zaś ewentualny brak precyzji w opisie przedmiotu zamówienia, który może mieć w tym przypadku miejsce, nie może być interpretowany na niekorzyść Wykonawcy, co znajduje potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2012 roku, sygn. akt KIO 550/12, z dnia 8 listopada 2011 roku, sygn. akt KIO 2323/11.

(3) w zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku wskazania w ofercie potencjalnych dostawców urządzeń, pomimo wymagania

zawartego w załączniku 1a, Część B techniczna, pkt 5:
- RAFAKO w swojej ofercie wskazało, wszystkich znanych sobie na etapie sporządzania oferty dostawców poszczególnych urządzeń. I tak jako dostawca rusztu na str. 193 oferty wskazany został Hitachi Zosen Inova, jako dostawca kotła (str. 201 oferty) także wskazano HZI, także ten podmiot dostarczał będzie urządzenia w segmencie oczyszczania spalin (str. 208). Instalacja stabilizacji popiołów wraz z urządzeniami wykonywana będzie w oparciu o technologię i urządzenia firmy GEODUR (str. 266). Urządzenia systemu sterowania zapewni firma SIEMENS AG (str. 276);
- żądanie podania informacji o poddostawcach na etapie składania ofert jest nieuprawnione. Bezdyskusyjnym jest, że dostawca urządzeń oferowanych w ramach zamówienia musi być traktowany jako podwykonawca biorący udział w realizacji danej części zamówienia, zaś na gruncie obowiązujących przepisów zamawiający ma prawo żądać od wykonawców określenia jedynie części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom. Z załącznika nr 6b oferty RAFAKO wynika zaś między innymi, że w zakresie podwykonawstwa będzie „dostawa urządzeń mechanicznych, elektrycznych oraz AKPiA". Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że Zamawiający nie miał prawa żądać wskazania nazw firm podwykonawców. Pomimo faktu, że wymóg taki został sformułowany w SIWZ, uznać należy, że jest on bezprawny, a brak zadośćuczynienia mu nie może zostać uznany przez zamawiającego za niezgodność z treścią SIWZ;

(4) w zakresie zarzutu zaniechania poprawienia oczywistych omyłek w treści załącznika 1 do oferty odwołującego:
- Na skutek braku precyzji w zapisach Specyfikacji oraz omyłek w trakcie wypełniania treści załącznika nr la „Tabela parametrów technicznych" w ofercie Odwołującego pojawiły się nieścisłości pomiędzy treściami zawartymi w Części technicznej oferty, a wskazanym załącznikiem 1a, co dotyczy Kryterium 2.1.1 Wysokość od dolnej krawędzi otworu rozładowczego do dna bunkra; Kryterium 2.2.1 Liczba niezależnych stref regulacji dopływu powietrza pierwotnego wzdłuż pokładu rusztu; Kryterium 2.2.2 - Liczba stref rusztu o możliwości zróżnicowanego regulowania prędkości przemieszczania odpadów wzdłuż pokładu rusztu; Kryterium 2.2.3 - Liczba poziomów wprowadzenia powietrza;
- jasnym jest, że pomiędzy częścią techniczną oferty RAFAKO, a wypełnioną tabelą wystąpiły różnice, które traktować należy jako omyłki, które powinny zostać poprawione przez Zamawiającego, zgodnie z zasadą wskazaną powyższej. Brak poprawienia omyłki, czy choćby wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień należy traktować jako działanie niezgodne z przepisami ustawy, naruszające dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3. Niezależne od wskazanych powyżej argumentów podkreślenia wymaga fakt, że RAFAKO jako jeden z wykonawców nie został wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty,

pomimo uwidocznionych w protokołach posiedzeń Komisji Przetargowej wątpliwości odnośnie treści załącznika 1a.

(5) w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie z powodu zaoferowania rozwiązania niezgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dotyczącego braku zadaszenia placu przeznaczonego na przechowywanie żużla:
- Zgodnie z treścią Programu Funkcjonalno-Użytkowego - punkt 1.10.1.7.3 (str. 86) Wykonawcy zobowiązani byli zaoferować: „Dla potrzeb buforowego sezonowania przetworzonego żużla należy przygotować na terenie instalacji ZTUO zadaszony (wymóg z Decyzji Prezydenta Miasta o środowiskowych uwarunkowaniach) plac podzielony korzystnie na kwatery dla odrębnych frakcji przetworzonego żużla" W treści oferty Konsorcjum Integral tj. na planie sytuacyjnym fragment działki budowlanej, w zakresie którego znajduje się obiekt budowlany zwany „placem czasowego magazynowania żużla" opatrzony numerem porządkowym 12. Rysunek ten jak wszystkie rysunki dołączane do ofert jest rysunkiem technicznym i musiał zostać sporządzony zgodnie z normą PN-B-01027:2002 Rysunek budowlany. W związku z tym. oznaczenia graficzne w nim stosowane są oznaczeniami standardowymi. Jasnym jest więc, że przedstawiony plac czasowego magazynowania żużla został zaprojektowany jako nawierzchnia utwardzona, przeznaczona do składowania materiału. Plac magazynowania nie jest ograniczony od strony południowej żadną ścianą, powodując tym samym możliwość rozsypania żużla. Na rysunku brak jest linii oznaczającej ścianę zgodnie z ww. normą. Brak jest także oznaczeń ścian wewnętrznych, przedstawiających podział na kwatery, co jest niezgodne z PFU i powinno stanowić podstawę odrzucenia oferty Konsorcjum Integral w oparciu o art. 89 ust. lpkt 2 upzp. Dodatkowo ponieważ na rysunku oznaczony został poziom 0,00 w celu czytelności i interpretacji rysunku, konsekwentnie należało przedstawić ww. ściany. Brak tych ścian, czy jakiejkolwiek konstrukcji (np. słupów) na rzucie przyziemia oznacza także brak konstrukcji wsporczej pod przykrycie dachu, co także należy uznać za niezgodność z wymaganiami sformułowanymi w SIWZ. 2. Brak zaoferowania parku maszynowego W treści punktu 1.3.3 PFU Zestawienie wyposażenia mobilnego, Zamawiający wymagał by: W skład Zakładu powinna wchodzić jedna ładowarka teleskopowa, dwa wózki widłowe oraz urządzenie do belowania i foliowania odpadów, ciągnik z przyczepą samowyładowczą wraz z urządzeniem dźwigowym o udźwigu min 2t. Zgodnie z informacjami zawartymi w protokole z posiedzenia Komisji Przetargowej w dniu 6 czerwca 2012 roku (str. 39) Wykonawca Konsorcjum Integral nie zawarł w treści swojej oferty informacji w tym przedmiocie, w zakresie wymaganym w SIWZ, czego konsekwencją było zwrócenie się przez Zamawiającego do tego Wykonawcy z wnioskiem

o wyjaśnienie treści złożonej oferty. Działanie takie należy uznać za sprzeczne z przepisami upzp oraz naruszające zasady równego traktowania Wykonawców.
W sytuacji, w której w ofercie nie jest zawarta informacja w przedmiocie wymaganego przez SIWZ do zaoferowania sprzętu, Zamawiający nie był uprawniony do wyjaśnienia treści oferty, gdyż ewentualne wyjaśnienia musiały prowadzić i w konsekwencji prowadziły do zmiany jej treści, co jest sprzeczne z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy.

(6) w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie z powodu zaoferowania rozwiązania niezgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dotyczącego braku zaoferowania elementów mobilnego parku maszynowego:
- w odpowiedzi na zadane pytanie Konsorcjum Integral przesłało pismo z dnia 15 czerwca 2012 roku, w którego punkcie II. 1 zawarte zostało następujące oświadczenie: Wykonawca potwierdza, że w oferowanym zakresie prac znajduje się sprzęt mobilny w zakresie co najmniej: (...) Powyższe stwierdzenie stanowi zmianę treści oferty o zakres, który pierwotnie nie był w niej zawarty, które to działanie należy uznać za sprzeczne z przywołanym wcześniej przepisem art. 87 ust. 1 upzp. Sytuacja powstała w wyniku działania Zamawiającego powoduje jednocześnie, że oferty złożone przez poszczególnych wykonawców były nieporównywalne, gdyż oferta Konsorcjum Integral nie zawierała koniecznego do zaoferowania parku maszynowego. Powyższe okoliczności powinny skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

(7) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej niewymienienia wszystkich reagentów w procesie stabilizacji i zestalania odpadów poprocesowych:
- W treści punktu 1.9.3 pkt 2 ppkt d) PFU Ogólne wymogi prawno- technologiczne dotyczące Zakładu, Zamawiający wymagał by: Dla popiołów lotnych z kotła, pyłów z odpylania spalin oraz stałych produktów procesowych reakcji z procesów oczyszczania spalin (dalej zwane odpadami po-procesowymi), zaproponować takie rozwiązania technologiczne, techniczne i organizacyjne, aby mogły one być preparowane i przygotowywane do ekologicznie bezpiecznego unieszkodliwiania poprzez składowanie. Zgodnie z warunkami Decyzji Prezydenta Miasta o środowiskowych uwarunkowaniach, wymaga się, by odpady po-procesowe przed skierowaniem do składowania poddawać procesowi stabilizowania i zestalania. Zgodnie z informacjami zawartymi w protokole z posiedzenia Komisji Przetargowej w dniu 6 czerwca 2012 roku (str. 5) Wykonawca Konsorcjum Integral

zaproponował Zamawiającemu w swojej ofercie technologię stabilizowania i zestalania odpadów po- procesowych według technologii firmy GEODUR. Wśród wymienionych przez Wykonawcę Konsorcjum Integral komponentów chemicznych niezbędnych i koniecznych do skutecznego przeprowadzenia procesu stabilizacji i zestalenia czyli fizykochemicznego unieszkodliwienia niebezpiecznych odpadów po-procesowych zostały wymienione tylko cement oraz środek wiążący o handlowej nazwie TRACĘ LOCK będący mieszaniną substancji nieorganicznych i organicznych monomerów oraz polimerów, aktywnych powierzchniowo. Jednakże, aby stosując technologię firmy GEODUR uzyskać zakładany efekt ekologiczny, który bezwzględnie wymagany jest przez Zamawiającego w SIWZ tj. aby wyciągi wodne z ustabilizowanych i zestalonych odpadów po-procesowych spełniały wymagania zapisane w Załączniku nr 5 Rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 7 września 2005r. w sprawie kryteriów oraz procedur dopuszczania odpadów do składowania na składowisku danego typu (Dz. U. 05.186.1553, 06.38.264 oraz 07.121.832) niezbędnymi chemicznymi komponentami do przeprowadzenia procesu stabilizacji i zestalenia są: spoiwo hydrauliczne w postaci cementu oraz wapna w stosunku 3/2, woda, zestaw chemikaliów zapewniających chemiczne przekształcenie związków rozpuszczalnych w związki nierozpuszczalne tj.: TRACE LOCK, siarczek sodu Na2S oraz siarczan żelazowy Fe2(S04)3 Czasami dodatkowo stosowane są również wypełniacze poprawiające strukturę fizyczną produktu takie jak żwir bądź żużel. Tylko wszystkie wyżej wymienione komponenty w zestawie gwarantują wypełnienie zapisów PFU tj. zmianę kategorii odpadów po-procesowych jako odpadów niebezpiecznych na odpad o kodzie 19 03 05 tj. odpad, który można kierować do składowania na składowisku odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne. Brak w ofercie Wykonawcy Konsorcjum Integral pozostałych komponentów chemicznych, niż wymienione tj. cement oraz TRACĘ LOCK, a które to są koniecznie i niezbędne w zaoferowanej technologii GEODUR, czyni ją ofertą nie spełniającą wymagań PFU, a co za tym idzie powinno to skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;
(8) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej podania zbyt małej ilości bram wjazdowych w stosunku do ilości stanowisk wyładowczych:
- zgodnie z załączonym do oferty konsorcjum Budimex Planem sytuacyjnym, wjazd do hali wyładunkowej ma odbywać się przez jedną bramę wjazdową od strony północnej. Dodatkowo z planu wynika, że hala wyładunkowa ograniczona jest: od strony północnej: częścią budynku technicznego, nawierzchnią utwardzoną pod którą znajdzie się zbiornik oleju opałowego, obszarem kontroli pojazdów ciężarowych oraz placem manewrowym, od strony zachodniej: budynkiem bunkra, od strony południowej: budynkiem stabilizacji i zestalania, od strony

wschodniej: opaską chodnikową, fragmentem terenu zielonego oraz jezdnią. Brak bram wjazdowych w ścianie zewnętrznej hali wyładunkowej od strony wschodniej oraz brak

możliwości wjazdu do hali z tej strony, ze względu na bezpośrednie sąsiedztwo chodnika terenu zielonego oraz ograniczenia hali zabudową kubaturową wymuszają zastosowania rozwiązania wjazdu przez jedną bramę od strony północnej. Rozwiązanie przedstawione w ofercie konsorcjum Budimex jest niezgodne z treścią SIWZ, gdyż liczba bram wjazdowych wynosi jeden i jest inna niż liczba stanowisk wyładowczych (cztery). Powyższa okoliczność powoduje, że Zamawiający był zobowiązany odrzucić tę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

(9) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej podania zbyt małej powierzchni placu dojrzewania i składowania żużla:
- w treści Programu Funkcjonalno - Użytkowego w punkcie 1.3.2. tabela 3 Zamawiający umieścił wymagania odnośnie minimalnych wymaganych powierzchni kubatur i obiektów budowlanych. Z treści przywołanego punktu wynika ponadto, że: Rzeczywiste powierzchnie wymagane do poprawnej eksploatacji zaoferowanych urządzeń określi w ofercie Wykonawca. Zaprojektowane powierzchnie winny być nie mniejsze niż przedstawione powyżej oraz nie mogą być sprzeczne z zapisami obowiązującego MPZP i obowiązującymi przepisami prawa, nie mogą również utrudniać komunikacji na terenie Zakładu. Jednocześnie zaproponowane przez Wykonawcę powierzchnie i kubatury poszczególnych Obiektów winny być odpowiednie dla zaproponowanych przez Wykonawcę rozwiązań technologicznych Zakładu, w tym ich serwisowania i remontów. Zgodnie z wymaganiami zamieszczonymi w tabeli zamawiający wymagał między innymi: placu dojrzewania i składowania żużla o powierzchni min. 2890 m². Z treści oferty złożonej przez Konsorcjum Budimex (plan sytuacyjny i dołączona do niego legenda) wynika, że zaoferowana powierzchnia placu wynosi jedynie 2215 m², która to wartość jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w SIWZ, a co za tym idzie oferta Konsorcjum Budimex powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podzielił zarzut dotyczący podstawy do odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV.

Biorąc pod uwagę podniesione w odwołaniu Rafako SA w Raciborzu zarzuty, odwołanie podlega uwzględnieniu. Potwierdził się zarzut dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty tego wykonawcy a także zaniechania odrzucenia oferty wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV, co może mieć wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy). Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

(1) w zakresie zarzutów dotyczących bezpodstawnego odrzucenia oferty z powodu zbiornika – odwołującego niezapewnienia paliwowa rozruchowo wspomagającego, zgodnego z wymaganiami pkt 1.10.1.11.4 Programu Funkcjonalno – Użytkowego:

Zamawiający jednym z powodów odrzucenia oferty Rafako SA w Raciborzu uczynił niesprostanie przez tego wykonawcę wymaganiu opisanemu w pkt 1.10.1.11.4 Programu Funkcjonalno – Użytkowego (str. 94 tego dokumentu), w zakresie zapewnienia pojemności zabezpieczającej zapas oleju przynajmniej na jeden „zimny" start Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów oraz wspomaganie procesu termicznego przekształcania odpadów przez co najmniej 3 dni oraz wybieg instalacji z zachowaniem pewnych prawnych wymagań procesowych (decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty Rafako SA w Raciborzu).

Zgodnie z powołanym postanowieniem Programu Funkcjonalno – Użytkowego, na potrzeby instalacji należy zbudować naziemny zbiornik na olej opałowy lekki wraz z wyposażeniem niezbędnym do przyjmowania i dystrybucji oleju oraz prawidłowego funkcjonowania, tj. wraz z niezbędnymi rurociągami, filtrami, pompami, podgrzewaczami oleju, armaturą. Zamawiający zastrzegł przy tym, że nie wyklucza się budowy podziemnego zbiornika na olej opałowy, wykonanego jednak w takim przypadku jako zbiornik o podwójnych ściankach. Zamawiający postawił wymaganie, zgodnie z którym *pojemność zbiornika*

powinna zapewnić zapas oleju przynajmniej na jeden „zimny" start ZTUO oraz wspomaganie procesu termicznego przekształcania odpadów przez co najmniej 3 dni oraz wybieg instalacji z zachowaniem pewnych prawnych wymagań procesowych (str. 95 Programu Funkcjonalno – Użytkowego). Następnie, w pkt 1.3.2 Programu Funkcjonalno – Użytkowego, tytułowanym *Zestawienie minimalnych powierzchni kubatur i obiektów budowlanych,* w pkt 7 zamieszczonej tam tabeli (str. 16 Programu Funkcjonalno – Użytkowego) zamawiający podał, że minimalna kubatura zbiornika na olej wynosi 100 m³.

Biorąc pod uwagę zaprezentowane wymagania postawione w postępowaniu, uzasadnienie odrzucenia oferty Rafako SA w Raciborzu a także treść oferty tego wykonawcy, dostrzeżenia wymaga, że istotnie w ofercie odwołującego znalazła się nieścisłość w zakresie opisu wypełnienia wymagania postawionego przez zamawiającego. Zamawiający wyjaśniał na rozprawie, że tę nieścisłość w zakresie zapewnienia zapasu oleju na trzy fazy działania

spalarni (jeden „zimny" start ZTUO; wspomaganie procesu termicznego przekształcania odpadów przez co najmniej 3 dni; wybieg instalacji z zachowaniem pewnych prawnych wymagań procesowych) rozstrzygnął w oparciu o rysunek znajdujący się w ofercie Rafako SA w Raciborzu (rysunek B2027 – 02100R), na podstawie którego ustalił, że obiekt oznaczony jako „UEJ" przedstawia zbiornik oleju, zaś jego wielkość nie zapewnia zapasu oleju w ilości co najmniej 100m³.

Analiza treści tego rysunku, zaprezentowanego na rozprawie prowadzi jednak do wniosku, że powyższa ocena zamawiającego była niewłaściwą:
- zamawiający posiadał bowiem informacje pochodzące z dalszej części oferty, z których wynika, że wykonawca przewidział zbiornik podziemny (str. 311 pkt 13.2 oferty odwołującego), na co zamawiający przyzwolił w przytoczonym wyżej pkt 1.10.1.11.4 Programu Funkcjonalno – Użytkowego;
- wyjaśniono, że zamawiający ocenę co do tego, że obiekt ujęty na rysunku nie zapewnia wymaganej pojemności 100 m³ oparł na uznaniu za zbiornik oleju obiektu, który – jako zaprezentowany linią ciągłą – odpowiada obiektom naziemnym, podczas gdy obok zaznaczono inny obiekt linią przerywaną, właściwą dla obiektów podziemnych;
- obiekt oznaczony na rysunku jako „UEJ" (z legendy wynika, że oznaczenie odpowiada zbiornikowi oleju) posiada identyczny odpowiednik, którego nie opisano, co pozwala mieć wątpliwości, czy wykonawca zaoferował dwa obiekty stanowiące zbiorniki oleju, czy też być może opis rysunku nie odnosi się do obiektu, w okolicy którego go umieszczono;
- zamawiający nie podjął próby zidentyfikowania dalszych, innych aniżeli zakwalifikowany przez niego obiekt oznaczony jako „UEJ" a opisany w legendzie jako zbiornik oleju, pomimo, że na rysunku znajdowało się jeszcze kilka obiektów, których przeznaczenia zamawiający nie ustalił, w tym jeden wskazujący na przewidzenie przez wykonawcę obiektu podziemnego. Zamawiający oświadczył przy tym na rozprawie, że nie zastanawiał się co wyrażają inne, niezidentyfikowane przez niego na rysunku obiekty, gdyż przedmiotem analizy objęto jedynie obejmuje te instalacje których wymaganie postawiono; jeżeli oferowana technologia obejmowała inne elementy pomocnicze, nie wymagane przez zamawiającego, to zamawiającego interesowało jedynie to, co było wymagane w specyfikacji i czy zostały te wymagania spełnione.

Biorąc pod uwagę powyższe, definitywne przesądzenie przez zamawiającego na podstawie analizowanego rysunku, że obiekt opisany jako zbiornik oleju nie spełnia wymagania w zakresie pojemności co najmniej 100 m³ było przedwczesnym i opartym na niedostatecznych podstawach. Powyższe, przy istnieniu obiektów, których celu i przeznaczenia zamawiający nie próbował wyjaśniać, a także wobec podania, że zbiornik na olej jest zbiornikiem podziemnym, podczas gdy przyjęty przez zamawiającego jako ten

zbiornik obiekt został oznaczony w sposób właściwy dla obiektów naziemnych powinno było wywoływać wątpliwości zamawiającego, przy ta ocena dotyczy właściwego obiektu. W takiej zaś sytuacji powyższe powinno zostać, przed ewentualnym podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wyjaśnione przez zamawiającego. Zamawiający nie powinien bowiem rezygnować z wyjaśnienia treści oferty

na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, szczególnie gdy jego ocena w przedmiocie tej niezgodności, czy może raczej wątpliwości co do tej zgodności, opierają się na dedukcji i interpretacji rysunku, co do którego tak wiele kwestii nie zostało wyjaśnionych. Powyższe przemawia za uznaniem tej decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy Rafako SA w Raciborzu na powyższej podstawie, za nieprawidłową.

Na rozprawie zostało wyjaśnione, że zamawiający niewłaściwie zidentyfikował obiekt przedstawiający zbiornik oleju, w rzeczywistości jest to opisany przerywaną linią większy, aniżeli przyjęty przez zamawiającego obiekt. Zamawiający oświadczył przy tym, że gdyby traktować jako zbiornik oleju wskazywany w przez odwołującego obiekt oznaczony przerywaną linią pod generatorem prądotwórczym, to miałby podstawę do uznania, że jego objętość mogłaby zawierać zapas oleju wymagany przez zamawiającego. Dano wiarę powyższemu stanowisku zamawiającego. Odwołujący zaprezentował w odwołaniu szczegółowe obliczenia mające potwierdzać, że zaprezentowany na rysunku obiekt zapewnia zapas oleju w ilości co najmniej 100 m³. Złożył także na powyższą okoliczność opinię innego użytkownika instalacji termicznej, z której wynika zapotrzebowanie oleju na rozruch jednej linii, dane dotyczące zużycia oleju; wyciąg z oferty złożonej w innym postępowaniu (ZTUO w Szczecinie) wskazujące na zużycie oleju na rozruch jednej linii a także wyciąg z polskiej normy PN-C-96024 dotyczącej przetworów naftowych i olejów opałowych wskazujący na wartość opałową oleju opałowego lekkiego. Biorąc przy tym przyznanie przez zamawiającego, że uznanie innego niż przyjęty w trakcie oceny ofert obiektu, to jest tego wskazanego przez odwołującego jako zbiornika oleju dawałoby podstawę do uznania, że ten zbiornik zapewnia zapas oleju w ilości co najmniej 100 m³, kwestia pojemności tego obiektu stała się bezsporną między stronami.

Reasumując, spór między stronami zasadzał się na przyjęciu odmiennego obiektu na rysunku w ofercie odwołującego jako zbiornika oleju. Rzeczą zamawiającego było jednak ustalenie, czy jego wniosek co do przyjęcia danego obiektu jako zbiornika oleju jest prawidłowy. Na obecnym etapie kwestia ta została dostatecznie wyjaśniona przez odwołującego – wykonawca podał, że zbiornik na olej przedstawiony jest na rysunku w innym miejscu, aniżeli przyjął to zamawiający, co czyni zbędnym dalsze wyjaśnianie tej sprawy. Ustalenie, że na rysunku inny obiekt prezentuje sporny zbiornik, w tym, przyznanie przez zamawiającego, że gdyby traktować jako zbiornik oleju wskazywany przez

odwołującego obiekt, jego objętość mogłaby zawierać zapas oleju wymagany przez zamawiającego, determinuje uznanie podniesionego w powyższej mierze zarzutu za zasadny.

Stąd podzielono stawiany w odwołaniu w powyższym zakresie zarzut, za zasadny, co determinowało uwzględnienie odwołania.

(2) w zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezapewnienia właściwej ilości bram wjazdowych, zgodnego z wymaganiami pkt 1.10.2.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego:

Zamawiający postawił w pkt 1.10.2.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego (str. 97 Programu Funkcjonalno – Użytkowego) wymaganie, zgodnie z którym hala wyładunkowa powinna posiadać powierzchnię pozwalającą na swobodne manewrowanie pojazdów dostarczających odpady; powinna być także wyposażona w bramy wjazdowe, których liczba powinna być równa liczbie stanowisk wyładowczych bunkra.

Zamawiający uznał, że w powyższej mierze oferta Rafako SA w Raciborzu nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na rozprawie zamawiający argumentował, że jego zdaniem w ofercie Rafako SA w Raciborzu przewidziano trzy stanowiska wyładowcze oraz dwie bramy wjazdowe; na podstawie kierunku jazdy uznano, że trzecia brama jest bramą tylko do rozdrabniarki, co oznacza, że nie jest zapewniony bezkolizyjny dojazd do trzech stanowisk wyładowczych. Zamawiający wskazywał, że jedna z bram – ujęta brama na samym dole rysunku w kwartale 4F rysunku także nie zapewnia bezkolizyjnego wyjazdu ze stanowiska wyładowczego.

Bezspornym jest, że wykonawca przewidział trzy stanowiska wyładowcze bunkra; przyznał to także zamawiający na rozprawie, prostując podaną w decyzji o odrzuceniu oferty informację, jakoby przyjął że takich stanowisk było cztery. Sporną była kwestia, czy przewidziano taką samą ilość bram wjazdowych. Na podstawie rysunku, stanowiącego również podstawę oceny oferty Rafako SA w Raciborzu przez zamawiającego uznano, że

wykonawca przewidział trzy bramy wjazdowe – z rysunku wyraźnie wynika zaprezentowanie trzech bram. Nie podzielono przy tym argumentacji zamawiającego przemawiającej za uznaniem, że bram jest jedynie dwie, opartej na przyjęciu, że trzecia brama jest bramą wyłącznie do rozdrabniarki. Dostrzeżenia jednak wymaga, że zamawiający nie stawiał wymagania zapewnienia bramy wjazdowej prowadzącej do rozdrabniarki; w Programie Funkcjonalno – Użytkowym postawiono wymaganie wyłącznie w zakresie bram do stanowisk wyładowczych. Z treści wymagania zawartego w pkt 1.10.2.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego nie wynika także obowiązek przypisania konkretnej bramy do stanowiska wyładowczego, a jedynie obowiązek zapewnienia ilości bram równej ilości stanowisk wyładowczych do bunkra. W tych okolicznościach, brak było podstaw do przyjęcia, że trzecia

brama jest bramą o innym przeznaczeniu niż wjazd do hali wyładunkowej, w tym że nie może ona być traktowana jako brama wjazdowa, odpowiadająca jednemu z trzech stanowisk wyładowczych do bunkra. Zamawiający nie wykazał także zasadności podniesionej na rozprawie argumentacji, dotyczącej braku możliwości swobodnego manewrowania w odniesieniu do każdej z trzech bram oraz stanowisk wyładowczych. Po pierwsze: wymóg swobodnego manewrowania postawiono ogólnie w odniesieniu do hali wyładunkowej, nie odnosząc go do konkretnych bram czy stanowisk wyładowczych. Po drugie: brak możliwości swobodnego manewrowania pojazdów dostarczających odpady w związku z ilością bram wjazdowych oraz stanowisk wyładowczych nie został przez zamawiającego podany jako powód uzasadniający odrzucenie oferty Rafako SA w Raciborzu.

Z tych powodów brak było w powyższym zakresie podstaw do odrzucenia oferty odwołującego a powyższy zarzut podlegał uwzględnieniu.

(3) w zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku wskazania w ofercie potencjalnych dostawców urządzeń, pomimo wymagania zawartego w załączniku 1a, Część B techniczna, pkt 5:

W ofercie odwołującego, na odpowiednich stronach wskazano dostawców urządzeń (Hitachi Zosen Inova, technologię Geodur, Siemens AG). Zamawiający uznał zasadność podniesionego w tej mierze zarzutu, czemu przystępujący po jego stronie wykonawcy nie zaprzeczyli.

Powyższe czyni podniesiony zarzut uzasadnionym, zaś decyzję zamawiającego w powyższym zakresie – nie znajdującą podstawy w treści oferty Rafako SA w Raciborzu.

(4) w zakresie zarzutu zaniechania poprawienia oczywistych omyłek w treści załącznika 1 do oferty odwołującego:

Odwołujący podał rozbieżności w czterech częściach załącznika 1a do oferty (kryterium 2.1.1, kryterium 2.2.1, kryterium 2.2.2, oraz kryterium 2.2.3) wskazując na obowiązek dokonania ich poprawienia, stosownie do informacji zawartych w części opisowej oferty. Zamawiający natomiast, ustosunkowując się do tak postawionego zarzutu podał, że nie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień lub poprawienia omyłek w zakresie wymienionym w odwołaniu, w związku z treścią art. 26 ust. 3 ustawy, uznając że oferta odwołującego podlega odrzuceniu. Na rozprawie zamawiający podał, że gdyby oferta RAFAKO S.A. nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją, to podniesione w odwołaniu, w jego punkcie II argumenty skutkowałyby dokonaniem poprawienia omyłek. Biorąc pod uwagę okoliczność, że źródło dokonywanej ewentualnej poprawy jest znane – stanowi je część techniczna oferty, a także że zamawiający ma miarodajne podstawy do dokonania korekty załącznika 1 a (zgodnie z opisem zawartym w końcowej części załącznika 1a – str. 9 tego załącznika, część techniczna ma służyć przeprowadzeniu przez

zamawiającego pełnej oceny, czy przedstawiona oferta wypełnia wszystkie wymagania technologiczne i techniczne Programu Funkcjonalno – Użytkowego), zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert jest obowiązany dokonać analizy rozbieżności między formularzem 1a oferty odwołującego a zawartością merytoryczną części technicznej oferty oraz dokonać stosownych poprawek w ofercie Rafako SA w Raciborzu.

Podzielając podniesiony w tej mierze zarzut, powyższe pozostawiono zamawiającemu.

(5) w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie z powodu zaoferowania rozwiązania niezgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dotyczącego braku zadaszenia placu przeznaczonego na przechowywanie żużla:

Zamawiający w pkt 1.10.1.7.3 Programu Funkcjonalno-Użytkowego - punkt 1.10.1.7.3 (str. 86) postawił wymaganie: „Dla *potrzeb buforowego sezonowania przetworzonego żużla należy przygotować na terenie instalacji ZTUO zadaszony (wymóg z Decyzji Prezydenta Miasta o środowiskowych uwarunkowaniach) plac podzielony korzystnie na kwatery dla odrębnych frakcji przetworzonego żużla".* W ocenie odwołującego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie nie przewidzieli w swojej ofercie zadaszenia placu; z rysunku zamieszczonego w ofercie (rys. 12) wynika, że plac nie jest ograniczony ścianą od strony południowej, brak jest oznaczeń wskazujących na podział placu na kwatery.

Wbrew twierdzeniu odwołującego, z okazanego na rozprawie rysunku w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie (część utajniona oferty: str. 2_10 oferty, rysunek A-06) wynika, że przewidziano plac magazynowania żużla zadaszony i podzielony na kwatery.

Powyższe czyni podniesiony zarzut nieznajdującym potwierdzenia w treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie.

(6) w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie z powodu zaoferowania rozwiązania niezgodnego ze specyfikacją

istotnych warunków zamówienia, dotyczącego braku zaoferowania elementów mobilnego parku maszynowego:

W zakresie powyższego zarzutu, odwołujący wywodzi na podstawie wezwania zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty wystosowanego w dniu 6 czerwca 2012 r. do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie a także odpowiedzi o treści „Wykonawca potwierdza, że w oferowanym zakresie prac znajduje się sprzęt mobilny w zakresie co najmniej (…)" o niezaoferowaniu elementów wyposażenia mobilnego opisanego w pkt 1.3.3 Programu Funkcjonalno-Użytkowego, a dopiero następczym dopełnieniu oferty o wskazane elementy.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że elementy wyposażenia mobilnego znalazły się w tej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. składającego się na nią Programu Funkcjonalno-Użytkowego, co do której zamawiający postanowił, iż nie ma obowiązku szczegółowego prezentowania oferowanych rozwiązań. W części wstępnej Załącznika 1a - Formularza oferty w Części Technicznej B (str. 9 załącznika) podano, iż *„w części technicznej Wykonawca musi zamieścić opis techniczny wszystkich węzłów technologicznych instalacji w takim stopniu szczegółowości i jednoznaczności, aby pozwoliło to na przeprowadzenie przez Zamawiającego pełnej oceny, czy przedstawiona oferta wypełnia wszystkie wymagania technologiczne i techniczne określone w rozdziałach 1.9 (Ogólne właściwości funkcjonalno – użytkowe), 1.10.1 (Rozwiązania technologiczne) oraz 1.10.2 (Rozwiązania architektoniczno – budowlane) Programu Funkcjonalno – Użytkowego.".* Oznacza to tyle, że jedynie w odniesieniu do wymagań zamawiającego ujętych w pkt *1.9, 1.10.1 oraz 1.10.2* Programu Funkcjonalno – Użytkowego istniał wyraźny obowiązek zapewnienia i opisania w części technicznej wszystkich elementów i rozwiązań w taki sposób, by na podstawie tego opisu możliwa była ocena, czy wymagania te wykonawca spełnił.

Wskazywany przez odwołującego pkt 1.3.3 Programu Funkcjonalno-Użytkowego nie mieści się w zakresie podanym przez zmawiającego jako ten, który musi być prezentowany

w części technicznej ze szczegółowością pozwalającą na *pełną* ocenę, czy przedstawiona oferta wypełnia wszystkie wymagania technologiczne i techniczne określone w rozdziałach 1.9 , 1.10.1 oraz 1.10.2 Programu Funkcjonalno – Użytkowego.

Wbrew twierdzeniu odwołującego, udzielona przez zamawiającego odpowiedź na pytanie a w istocie zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 17 lutego 2012 r. dotycząca rozdziału 1.10.1.7.3 nie oznacza rozszerzenia wymagania zaprezentowania w części technicznej oferty elementów wyposażenia mobilnego. Wspomniana modyfikacja obejmuje obowiązek przedstawienia w części technicznej oferty tylko wybranych elementów,

tj. ładowarki kołowej: „Instalację *przetwarzania żużli wyposażyć w sprzęt, przy pomocy którego w okresie sezonowania zapewnić można będzie naturalne napowietrzanie sezonowanych partii żużli (poprzez okresowe, np. 2-3 razy w miesiącu, spulchnianie i przesypywanie, np. z boksu do boksu, przy pomocy ładowarki kołowej). Ponadto przewidzieć wyposażenie placu sezonowania w urządzenia do pomiaru temperatury w korpusie żużli sezonowanych w poszczególnych boksach, aby okresowo umożliwić ocenę przebiegu i moment zakończenia procesu hydratyzowania w korpusie sezonowanych żużli, jako spełnienie warunku do skierowania żużli do wykorzystania.”.* Ponadto w pkt 1.10.1.1.3 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (str. 50 tego dokumentu) zawarto wyraźne wymaganie dotyczące zaprojektowania i zainstalowania zespołu belownicy do pakowania (po rozdrobnieniu) w szczelną folię poliuretanową odpadów.

Tylko te zatem elementy wyposażenia mobilnego wykonawcy byli wprost obowiązani podać w części technicznej oferty.

Jak wynika z oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, w jej części technicznej na stronach 1_44 - 1_48 znajduje się opis prasy belującej, natomiast na stronie 1_106 – zamieszczono opis ładowarki kołowej.

Zamawiający przy tym wyjaśnił, że wezwanie wystosowane do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie w zakresie wymogu, którego nie było obowiązku prezentować szczegółowo w części technicznej oferty miało na celu uzyskanie pewności, że wykonawca dostarczy sprzęt mobilny, nie mogło to jednak decydować o odrzuceniu oferty.

Powyższe czyni podniesiony zarzut niezgodności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – niepotwierdzonym.

(7) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej niewymienienia wszystkich reagentów w procesie stabilizacji i zestalania odpadów poprocesowych:**

Odwołujący powyższy zarzut opiera na tezie, że w razie zaoferowania rozwiązania wykorzystującego technologię Geodur niezbędnymi do procesu stabilizacji i zestalania

odpadów reagentami są, spoiwo hydrauliczne w postaci cementu oraz wapna w stosunku 3/2, woda, oraz zestaw chemikaliów zapewniających chemiczne przekształcanie związków rozpuszczalnych w związki nierozpuszczalne, w skład których wchodzi: środek wiążący Trace Lock, siarczek sodu i siarczan żelazowy; nadto czasami dodawane są wypełniacze poprawiające strukturę fizyczną takie jak żwir bądź żużel. Zdaniem odwołującego, podanie jedynie dwóch komponentów, to jest cementu oraz Trace Lock nie pozwala osiągnąć efektu w postaci zmiany kategorii odpadów poprocesowych niebezpiecznych na odpad o kodzie 19 03 03, to jest taki, który można składować na składowisku odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne.

Biorąc pod uwagę argumentację zaprezentowaną w odwołaniu, należało dostrzec, że zamawiający nie podał wytycznych, które by tłumaczyły szczegółowość, z jaką wykonawcy obowiązani są podać ujmowane w pkt 4.1.2 załącznika 1a reagenty, materiały stabilizujące oraz zestalające niezbędne dla zastosowania oferowanej przez siebie technologii. Każdy z wykonawców samodzielnie identyfikował komponenty niezbędne do zastosowania w oferowanej technologii. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że rozwiązanie dotyczące stabilizacji i zestalania jest tylko jednym z elementów zakładu, na który składa się m.in. węzeł spalania odpadów (pkt 1.10.1.3 Programu Funkcjonalno-Użytkowego), węzeł oczyszczania spalin (pkt 1.10.1.5 Programu Funkcjonalno-Użytkowego), węzeł przetwarzania żużli i popiołów paleniskowych (pkt 1.10.1.7 Programu Funkcjonalno-Użytkowego), węzeł unieszkodliwiania popiołów lotnych i stałych produktów oczyszczana spalin (pkt 1.10.1.8 Programu Funkcjonalno-Użytkowego). W każdym z rozwiązań zaoferowanych przez wykonawców możliwe jest uzyskanie innych ilości i składu odpadów poprocesowych. Zastosowane rozwiązania dotyczące stabilizacji i zestalania odpadów, nawet jeśli są oparte na jednej technologii Geodur, są zatem pochodną zastosowania takich lub innych rozwiązań w zakresie spalania odpadów, oczyszczania spalin. Zamawiający przekonująco wyjaśnił, co potwierdził także odwołujący, że bazowy składnik w technologii Geodur, jakim jest preparat Trace Lock występuje w różnych szczegółowych składach, stosownie do potrzeby jego zastosowania. Zamawiający wyjaśnił, że technologia Geodur zawiera ponad 2000 receptur wymagających zastosowania różnych środków chemicznych. Wskazał jednocześnie na treść oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie (str. 1_111 oferty), z której wynika że firma Geodur będzie odpowiedzialna za prawidłowe przygotowanie środka wiążącego Trace Lock, bez zastrzegania o konieczności dodawania innych środków chemicznych.

W świetle treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu,

INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie, zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania podanych w ofercie informacji na temat reagentów oraz materiałów stabilizujących i zestalających niezbędnych dla zastosowania oferowanej przez siebie technologii. W powyższym zakresie podtrzymano argumentację w odniesieniu do zarzutów podniesionych w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Astaldi S.p.A. w Rzymie oraz TM.E S.p.A. Termomeccanica Ecologia w Mediolanie (pkt V. ppkt (3) i (5) uzasadnienia).

(8) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej podania zbyt małej ilości bram wjazdowych w stosunku do ilości stanowisk wyładowczych:

Zarzut powyższy się potwierdził: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV przyznali fakt przyjęcia w ofercie jedynie jednej bramy wjazdowej, przy wymaganiu takiej ich ilości w jakiej założono stanowiska wyładowcze. Tych przewidziano natomiast cztery.

Podzielono w tym zakresie argumentację wyrażoną w odniesieniu do analogicznego zarzutu podniesionego w odwołaniu Mostostal Warszawa SA w Warszawie, w sp. KIO 1617/12 (pkt VIII, ppkt (1) uzasadnienia).

Powyższe decydowało o uznaniu zasadności zarzutu stawianego w odwołaniu Rafako SA w Raciborzu, podobnie jak w zakresie analogicznego zarzutu w odwołaniu złożonym przez Mostostal Warszawa SA w Warszawie, co skutkowało nakazaniem odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV.

(9) w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części dotyczącej podania zbyt małej powierzchni placu dojrzewania i składowania żużla:

Powyższy zarzut opiera się na treści pkt 1.3.2, tabeli 3, poz. 12 Programu

Funkcjonalno – Użytkowego (str. 16-17 tego dokumentu), gdzie postawiono wymaganie dotyczące powierzchni placu dojrzewania i składowania żużla – 2890 m ^{2}. Uszło jednak uwadze odwołującego, że powyższe wymaganie zostało zmodyfikowane przez zamawiającego w ramach odpowiedzi na pytanie nr 27 z dnia 14 lutego 2012 r., gdzie podano, że należy przyjąć jako minimalną powierzchnię placu dojrzewania i składowania żużla – 2200 m ^{2}.

Wobec powyższego, podanie w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV powierzchni placu składowania i dojrzewania żużla 2215m ^{2} nie stanowi o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Z tego względu zarzut postawiony w odwołaniu Rafako SA w Raciborzu, podobnie jak analogiczny zarzut podniesiony w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego INTEGRAL Engineering und Umwelttechnik GmbH Wiedniu, INTROL S.A. w Katowicach oraz ERBUD S.A. w Warszawie należało uznać za nieznajdujący potwierdzenia. Podzielono w powyższej zakresie argumentację wyrażoną w pkt. VIII. Ppkt (1) uzasadnienia.

Reasumując, potwierdziły się zarzutu dotyczące bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Warbud S.A. w Warszawie, VINCI Environnement SAS Rueil-Malmaison, VINCI Environment Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, a także oferty Rafako SA w Raciborzu podniesione odpowiednio w odwołaniach tych wykonawców, a także zarzuty zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego BUDIMEX S.A. w Warszawie oraz Keppel Seghers Belgium NV (odwołania Rafako SA w Raciborzu i Mostostal Warszawa SA w Warszawie).

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238). Kosztami postępowania obciążono zamawiającego – w zakresie trzech uwzględnionych odwołań (w sprawach KIO 1613/12, KIO 1617/12 oraz KIO 1618/12), w pozostałych sprawach – odpowiednio odwołujących, którzy przegrali postępowania odwoławcze.

W zakresie postanowienia o kosztach postępowania nie uwzględniono faktu złożenia „częściowych sprzeciwów" wobec uwzględnienia przez zamawiającego niektórych zarzutów w odwołaniach złożonych przez Mostostal Warszawa SA w Warszawie oraz Rafako SA w Raciborzu. Mimo, że zarzuty w powyższym zakresie się potwierdziły, co oznacza że zamawiający trafnie podzielił stanowiska odpowiednich odwołujących, co mogłoby mieć znaczenie dla obciążenia kosztami wykonawców, którzy prezentowali stanowiska odmienne (wykonawców, którzy przystąpili po stronie zamawiającego w tych postępowaniach i złożyli 127

sprzeciwy wobec uwzględnienia części zarzutów), gdyby dotyczyło to uwzględnienia całości zarzutów odwołań. Ustawa Prawo zamówień publicznych a także rozporządzenie wykonawcze (rozporządzenie *Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania)* nie przewiduje jednak obciążenia kosztami postępowania wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w innej sytuacji, aniżeli złożenie sprzeciwu w razie uwzględnienia wszystkich zarzutów odwołania ani rozstrzygnięcia o kosztach na zasadzie słuszności, stosownie do tego, czy zamawiający albo wykonawca dał powód do prowadzenia sporu w danym zakresie.

Skład orzekający