Sygn. akt XII Ga 234/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 września 2012 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy - Odwoławczy

w następującym składzie:

Przewodniczący- Sędzia: SO Bożena Cincio-Podbiera (spr.)
Sędzia: SO Janusz Beim

Sędzia: SR del. Agata Pierożyńska

Protokolant: st.sekr.sądowy Ewa Janas

po rozpoznaniu w dniu 25 września 2012 r. w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi „Mostostal Warszawa" Spółki Akcyjnej w Warszawie

przy uczestnictwie zamawiającego Krakowskiego Holdingu Komunalnego

Spółki Akcyjnej w Krakowie

i odwołującego Konsorcjum w składzie: PBG Spółka Akcyjna w Wysogotowie, PBG Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wysogotowie, Constructions Industrielles de la Mediterranee Spółka Akcyjna - CNIM w Paryżu, Control Process Spółka Akcyjna w Krakowie

i przystępującego Posco Engineering & Construction Co. Ltd w Goedong - dong, Nam-gu, Pohang, Gyeongsangbuk - do
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi „Mostostal Warszawa" Spółki Akcyjnej w Warszawie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 26 kwietnia 2012 roku (KIO 711/12)

I. w uwzględnieniu skargi Mostostal Warszawa Spółki Akcyjnej w Warszawie zmienia zaskarżony wyrok w całości, w ten sposób, że odwołanie Konsorcjum w składzie: PBG Spółka Akcyjna w Wysogotowie, PBG Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wysogotowie, Constructions Industrielles de la Mediterranee Spółka Akcyjna - CNIM w Paryżu, Control

Process Spółka Akcyjna w Krakowie oddala i zasądza od odwołującego się na rzecz skarżącego koszty postępowania

odwoławczego w kwocie 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych);

II. zasądza od odwołującego się na rzecz skarżącego koszty postępowania skargowego w kwocie 5.003.600 zł (pięć milionów trzy tysiące sześćset złotych).

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „ Kontrakt nr 1: Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów" zamawiający-Krakowski Holding Komunalny SA w Krakowie dokonał wyboru oferty Mostostal Warszawa SA w Warszawie. Uczestnik przetargu Konsorcjum reprezentowane przez PBG S.A. wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 89 ust.l pkt 2 prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia niezgodnej z siwz oferty Mostostalu, art. 87 ust. 1 pzp na skutek doprowadzenia do niedozwolonej zmiany oferty Mostostalu w trybie wyjaśnień treści złożonej oferty, art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp wobec zaniechania wykluczenia Mostostalu pomimo złożenia nieprawdziwych informacji, wpływających na wynik postępowania , art. 89 ust. 1 pkt. 5 pzp na skutek zaniechania odrzucenia tej oferty choć wniesiona została przez wykonawcę wykluczonego z postępowania, art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp wobec nieodrzucenia oferty mimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji oraz art. 7 ust. 1 i 3 pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Konkretyzując zarzuty odwołujący m.in. podniósł, iż Mostostal w ofercie, w tabeli 4 - wskaźniki cząstkowych kosztów eksploatacji, poz. 7 wskazał nieprawdziwe dane dotyczące ilości przewidywanego zużycia addytywu do stabilizowania pyłów kotłowych i stałych pozostałości z oczyszczania spalin, czyli substancji Tracę Lock, co zaniżyło rzeczywistą wartość kosztów eksploatacyjnych przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego współczynnik zużycia TL w rozmiarze 0,4 kg/Mg popiołów jest niemożliwy do osiągnięcia albowiem firma Geodur AG, producent substancji i właściciel patentu przewiduje, dla efektu w postaci uzyskania odpadu innego niż niebezpieczny o kodzie 19 03 05, większą ilość przedmiotowej substancji, co najmniej 0,7353 kg/Mg popiołów. W toku postępowania odwołujący powoływał się na pismo Geodur z 19 kwietnia 2012 roku, gdzie wskazano, iż ilość w rozmiarze 04, kg na tonę materiału odpadowego uznano za niewystarczającą dla skutecznej stabilizacji i zestalenia pozostałości z oczyszczania spalin oraz na treść zastrzeżeń patentowych z zapisem „ korzystnie od 0,5 do 1,5 kg kompozycji do obróbki materiałów odpadowych na tonę materiału odpadowego". Podnosił, iż podanie przez Mostostal nieprawdziwych informacji w tym zakresie miało wpływ na wynik postępowania wobec czego wykonawca ten winien być wykluczony na podstawie art. 24 ust,2 pkt. 3 pzp.

Wykonawca Mostostal SA nie zgodził się z tym stanowiskiem. W szczególności podniósł, że przetarg realizowany jest w formule „"zaprojektuj i wybuduj" przez co zamawiający w siwz nie wymagał opisu technologii, ani zastosowanych urządzeń co pozbawiło go możliwości oceny w tym zakresie.

Stąd na podstawie zużycia jednego środka nie można wnioskować o niezgodności treści oferty Mostostalu z siwz, tym bardziej, że tabela nr 4 obrazuje jedynie koszty eksploatacji. Przy tak skonstruowanym przetargu efekt końcowy w postaci neutralizacji odpadów spalania może być stwierdzony dopiero po realizacji inwestycji. Dodatkowo wskazywał, iż Geodur nie gwarantuje poziomu zużycia substancji Tracę Lock, wskazywana przez niego ilość koncentratu kształtuje się na różnych poziomach, natomiast ilość wskazana w ofercie została oparta o treść pisma Geodur z 13 stycznia 2012 r. gdzie uznano ją za właściwą, podając roczne zużycie TL na poziomie 6 tysięcy kilogramów dla ilości odpadów 15 tysięcy ton. Zdaniem Mostostalu treść pkt. 8.6 Programu Funkcjonalno- Użytkowego ogranicza się do wskazania, że zastosowana technologia ma gwarantować osiągnięcie rezultatu , określonego w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki I Pracy z 7 września 2005 r. w sprawie kryteriów oraz procedur dopuszczania odpadów do składowania w związku z czym zarzuty odwołującego nie zostały dowiedzione. Nadto wywodził, że dodanie substancji TL stanowi tylko jeden z etapów procesu technologicznego, którego opisu zamawiający się nie domagał. Dalszy etap obejmuje dodanie związków wapnia co gwarantuje efekt.

Ponieważ zamawiający uwzględnił całość zarzutów przedstawionych w odwołaniu Konsorcjum PBG, wykonawca- Mostostal S.A. wniósł sprzeciw w trybie art. 186 ust. 4 pzp.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2012 roku odwołanie uwzględniła i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Mostostal Warszawa S.A. i ponowne dokonanie czynności badania ofert, w tym odrzucenie oferty Mostostal.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 5 pzp z powodu niezgodności oferty Mostostalu z treścią siwz albowiem, w jej ocenie, wskaźnik zużycia addytywu TL uniemożliwia osiągnięcie rezultatu określonego w siwz w pkt. 8.6.8. części A tomu I PFU. Izba, opierając się na opisie patentowym nr 192267 dot. technologii Geodur, przyjęła za wiążące wskazane w zastrzeżeniach patentowych ilości kompozycji od 0,5 do 1,5 kg na tonę materiału odpadowego, a także stanowisko Geodur wyrażone w dniu 19 kwietnia 2012 roku. Wprawdzie podkreśliła, za producentem, że rzeczywiste zapotrzebowanie na TL jest zmienne w określonych granicach, jednakże najczęściej zapotrzebowanie to wynosi od 0,71 do 1,43 kg koncentratu na tonę odpadu. Zatem niemożliwe jest dotrzymanie norm, wynikających z przepisów, do których odwołał się zamawiający w pkt. 8.6.8. PFU. Zdaniem Izby w toku postępowania Mostostal gołosłownie argumentował, że do strumienia popiołów przed stabilizacją dodawane będą związki wapnia co daje lepsze efekty tego procesu, nawet przy mniejszym wskaźniku zużycia substancji stabilizującej. W tym zakresie Izba zarzuciła Mostostalowi nie wyjaśnienie specyfiki przyjętej technologii, uzupełniającej technologię Geoduru.

Izba bowiem założyła, że wobec wniesienia sprzeciwu w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutów odwołania na Mostostalu spoczywał ciężar dowodu zgodności jego oferty z siwz/ k- 25/2 uzasadnienia wyroku, k-205/2akt/. Ponieważ zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku opisu technologii, a jedynie obowiązek uzyskania efektu to, zdaniem Izby, Mostostal twierdząc, że zaoferował specyficzną technologię

współtowarzyszącą technologii Geodur obowiązany był wykazać jej zasadność, specyfikę i skuteczność, z czego się nie wywiązał. Nie uznał też za zasadne stanowisko Mostostalu w zakresie odnoszącym się do dodawania w procesie technologicznym związków wapnia, a to wobec stanowiska odwołującego, który twierdził, że proces stabilizacji poprzedza proces zestalania i dopiero w procesie zestalania stosuje się inne związki chemiczne jak cement i związki wapnia.

Izba zauważyła, że korespondencja z firmą Geodur/ pisma z dnia: 13 stycznia, 18 stycznia, 12 marca, 16 marca i 19 kwietnia 2012 roku/ charakteryzuje się brakiem konsekwencji w zakresie minimalnego, wymaganego zużycia koncentratu Tracę Lock. Niemniej za podstawowy dokument uznała opis patentowy oraz oparła się na stanowisku producenta wyrażonym w piśmie z 19 kwietnia 2012r.

Od tego wyroku Przewodnicząca Składu Orzekającego złożyła zdanie odrębne.

W zdaniu odrębnym podniesiono, że w myśl art. 186 pzp złożenie sprzeciwu miało na celu uniknięcie umorzenia postępowania, następującego w sytuacji pełnego przychylenia się zamawiającego do treści odwołania. Sprzeciw, powodując konieczność rozpoznania odwołania nie mógł zmienić ciężaru dowodu, spoczywającego na odwołującym i zamawiającym i jako taki był irrelewantny w zakresie rozkładu ciężaru dowodzenia.

Dalej wskazała, że w siwz brak jest wymagań dotyczących ilości używanego addytywu, a to wobec zastosowania formuły przetargu „ zaprojektuj i wybuduj". Brak nadto wymogu opisania rozwiązań technicznych i technologicznych, a jedynie wymagane były parametry, warunkujące koszty eksploatacji co prowadzi do weryfikacji spełnienia parametrów odpadów dopiero w fazie realizacji kontraktu. Nadto opis patentowy podaje korzystne ilości substancji Tracę Lock, a nie przesądza czy zastosowanie wskazanej ilości TL zagwarantuje cel siwz. W zdaniu odrębnym podkreśla się też, że pismo Geodur z dnia 19 kwietnia 2012 roku odnosi się wyłącznie do jednego elementu oferty i nie dotyczy technologii oferty, tylko produktu Tracę Lock. Natomiast w oferowanej technologii Mostostalu proponowane jest użycie związków wapnia, a wskazana przez Geodur w piśmie z dnia 18 stycznia 2012 roku ilość TL/ 6 tysięcy kg/ na założoną ilość odpadów/ 15 tysięcy ton/ daje wskaźnik zużycia TL w rozmiarze 0,4 kg/tonę czyli taki jak wskazał wykonawca w tabeli nr. 4, poz. 7.

Od wyroku Izby Mostostal Warszawa S.A. złożył skargę, zarzucając wyrokowi KIO naruszenie art. 190 ust. 1 pzp w zw. z art. 6 kc poprzez błędne rozłożenie ciężaru dowodu, a w efekcie naruszenie art. 190 ust. 7 pzp. Dalej zarzucił naruszenie art.89 ust. 1 pkt. 2 pzp wobec sprzeczności istotnych ustaleń dokonanych przez KIO z treścią materiału dowodowego co doprowadziło do wadliwego uznania, iż oferta skarżącej podlega odrzuceniu jako sprzeczna z siwz. Podniesiono także zarzut naruszenia art. 192 ust. 7 pzp poprzez wydanie orzeczenia uwzględniającego odwołanie w oparciu o zarzut w odwołaniu tym nie zawarty.

W skardze podkreśla się, że żaden przepis pzp nie wskazuje na skutek prawny wniesienia sprzeciwu w postaci zmiany reguł dot. ciężaru dowodu.

Szczególnie skutki wniesienia sprzeciwu normują art. 184 ust. 4 pzp, art. 186 ust. 4 pzp i Część V kpc, które nie zmieniają zasad dowodowych. Szczególne znaczenie posiada defensywny charakter sprzeciwu, którego celem pozostaje doprowadzenie do rozpoznania odwołania.

Dalej skarżący wywodzi, że odwołujący nie sformułował w odwołaniu zarzutu sprzeczności treści oferty z treścią siwz, a ponadto przedmiotem dowodzenia w postępowaniu przed KIO nie jest zgodność oferty z treścią siwz lecz sprzeczność oferty ze szczególnymi warunkami zamówienia publicznego, którą to sprzeczność winien wykazać odwołujący skoro stąd wywodzi skutek prawny.

Odnośnie zużycia addytywu skarżący wskazywał, że przedstawił w ofercie proces technologiczny stabilizacji i zestalania odpadu, nieograniczony tylko do zastosowania substancji Tracę Lock lecz wzbogacony dodaniem związków wapnia/ tlenek i wodorotlenek/ oraz cementu portlandzkiego, który to skomplikowany i wieloetapowy proces technologiczny winien być oceniany całościowo. Dodanie związków wapnia przewidziano w tabeli 4 cz. 2 formularza oferty i proces ten pozwala na osiągnięcie rezultatu określonego w pkt. 8.6.8 PFU. Twierdzenia Mostostalu w zakresie technologii miały przy tym charakter dowodu przeciwnego zatem postępowanie przed KIO powinno objąć całą technologię, czego zaniechano. Zdaniem skarżącej ocena materiału dowodowego dokonana przez KIO pomija fakt nie odnoszenia się patentu Geodur do oferty z uwagi na zastosowanie dalszych, w/wym środków, przy czym proces wymagany pkt. 8.6.8. PFU nie ogranicza się tylko do zastosowania środka Tracę Lock. Skuteczność całego procesu zależna jest nadto od dokładności i czasu mieszania składników, zastosowania dodatków

1 ilości użytego cementu portlandzkiego i składu stabilizowanej i zestalanej pozostałości, a ostateczne potwierdzenie skuteczności metody możliwe jest po wykonaniu instalacji stabilizacji i zestalania oraz termicznego przekształcenia odpadów. Żaden dowód na okoliczność czy możliwe jest osiągnięcie rezultatu w formule proponowanej przez Mostostal nie został przed Izbą przeprowadzony wobec czego wyrok Izby nosi cechy arbitralności oceny. Dodatkowo treść siwz , pomijająca wymóg opisu technologii nie zobowiązywała do dowodzenia jej zasadności, a przynajmniej zaniechanie zamawiającego nie może być wykładane na niekorzyść wykonawcy, podobnie jak niejednolite i niejednoznaczne stanowisko firmy Geodur, która zresztą w swoich ofertach zastrzegała, iż nie udziela gwarancji wymywalności substancji szkodliwych zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie kryteriów i procedur dopuszczania odpadów do składowania.

Wskazując na nieadekwatność środka dowodowego w postaci pisma Geodur z dnia 19 kwietnia 2012 roku skarżący wystąpił z wnioskiem o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność wydolności jego technologii.

W wątku odnoszącym się do zarzutu orzeczenia przez Izbę ponad osnowę odwołania wskazano, że odwołujący nie sformułował zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty jako niezgodne z siwz w zakresie ilości użycia addytywu, a przez to niemożności osiągnięcia efektu założonego w pkt. 8.6.8. PFU. Zarzut dot. rozmiaru użycia addytywu został podniesiony w kontekście art. 24 ust.

2 pkt. 3 pzp. W piśmie procesowym z dnia 2 sierpnia 2012 roku skarżąca

wniosła o dopuszczenie dowodu z treści pisma Geodur z dnia 31 maja 2012 roku gdzie wskazano, iż możliwe jest zastosowanie na potrzeby budowy spalarni roztworu MVA Tracę Lock w ilości i 0,4 kg/ tonę materiałów odpadowych/ k- 510/.

W odpowiedzi na skargę odwołujący wniósł o jej oddalenie, przecząc wszelkim, zawartym w niej zarzutom. Podniósł, że dowodem na niezgodność oferty Mostostal z siwz jest opis patentowy nr 192267 i stanowisko producenta z 19 kwietnia 2012 roku. Wskazał, że opis patentowy przewiduje także zastosowanie hydraulicznych środków wiążących, które jednak nie dają efektu wytworzenia bariery wewnętrznej, do czego stosuje się substancję Tracę Lock. Zaprzeczył aby Mostostal wskazał w ofercie , iż zamierza użyć dodatkowych składników w postaci cementu i wapnia bowiem nie umieścił stosownych danych w tabeli nr 4 oraz zamiarowi temu zaprzeczył w wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2012 roku. Podniósł nadto, że zarzut niezgodności oferty Mostostalu z siwz został wyartykułowany w odwołaniu, a jedynie Izba przypisała mu inną podstawę prawną.

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Na wstępie należało rozważyć zasadność zarzutu skarżącego w zakresie orzeczenia przez KIO ponad treść zarzutów odwołania. Skarżący bowiem twierdzi, że zarzut niezgodności jego oferty z treścią siwz nie pojawił się w tym kontekście, lecz w kontekście podania nieprawdziwych danych, co winno było skutkować odrzuceniem oferty.

Sąd Okręgowy nie podziela tego stanowiska.

Przedmiotowy zarzut został rozwinięty w części C odwołania gdzie wskazano, że ilość addytywu podana przez skarżącego nie doprowadzi do stabilizacji odpadu ,to jest uzyskania odpadu innego niż niebezpieczny o kodzie 190305. Ponieważ tak rozwinięty zarzut był w istocie zarzutem zmierzającym do wykazania niezgodności oferty Mostostal z siwz należało uznać, że kwestia ta została objęta treścią odwołania.

Analizując dalsze zarzuty Sąd Okręgowy uznaje za słuszne stanowisko skarżącego, zmierzające do wykazania, iż w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą doszło do naruszenia zasady wynikającej z art. 6kc, to jest do nieuprawnionej zmiany ciężaru dowodowego.

Z chwilą wniesienia odwołania, a następnie uznania przez zamawiającego- Krakowski Holding Komunalny stanowiska odwołującego za zasadne, skarżący zmuszony był, zgodnie z art. 186 ust.4Pzp, wystąpić ze sprzeciwem. Okoliczność ta jest jednak, dla rozkładu ciężaru dowodowego, jest prawnie irrelewantna ponieważ ciężar dowodu wedle reguł dowodzenia spoczywał na stronie, która z twierdzenia o niezgodności oferty przeciwnika z siwz wywodziła dla siebie skutki prawne/odrzucenie oferty Mostostal, wybór oferty Konsorcjum PBG/. Odwołujący zatem w dalszym ciągu obowiązany był do wykazania niezgodności oferty spółki Mostostal z wymogami siwz. Odwołujący bowiem, jako propagator zaskarżenia, w postępowaniu przed

KIO przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem oferty przeciwnika za niezgodną z siwz. Wniesienie sprzeciwu, w trybie art. 186 ust. 4 Pzp/ nie oznacza , iż wnoszący sprzeciw/ tu: Mostostal SA/ zajmuje ofensywną pozycje procesową. Sprzeciw bowiem pozostaje środkiem defensywnym, który ma wyłącznie na celu doprowadzenie do rozpoznania odwołania w przypadku gdy zamawiający w pełni podzieli stanowisko odwołującego, co wynika z treści art. 186 ust. 4 pzp.

W ocenie Sądu Okręgowego brak jest podstaw do przypisania normie zawartej w art. 186 ust. 4 pzp takich walorów prawnych, jakie upatruje w niej odwołujący. Norma ta bowiem określa sposób obrony oferenta wygrywającego przetarg przed zmianą stanowiska zamawiającego. Oznacza to, że wnoszący sprzeciw nie ma obowiązku udowadniania zgodności własnej oferty z siwz, tym bardziej że została ona już uprzednio uznana przez zamawiającego za najbardziej korzystną.

Odwołujący zatem , w toku postępowania przed KIO, winien był wskazać te miejsca w ofercie Mostostalu, w których zachodziła niezgodność tej oferty z siwz, a następnie obowiązany był niezgodność tą udowodnić.

Zauważa się, że postępowanie przed KIO, w zakresie, w którym KIO uznała zarzuty odwołującego za zasadne, ograniczyło się do kwestii zastosowania technologii, a szczególnie patentu spółki Geodur. Kwestie sporne dotyczyły więc sposobu wykorzystania patentu czyli sposobu utylizacji odpadów zaoferowanego przez Mostostal. W tym zakresie odwołujący twierdził, że dane zawarte w ofercie Mostostalu w tabeli nr. 4, poz. 7 wskazują na niemożność uzyskania w procesie spalania śmieci odpadu innego niż niebezpieczny, w rozumieniu przepisów cyt. Rozporządzenia.

W tym miejscu należy wskazać, że przetarg, w tym siwz, oparte zostały o zasadę „ zaprojektuj i wybuduj”, która, ogranicza ustalenie na etapie analizy ofert czy w istocie zaproponowany proces technologiczny da żądany efekt. Efekt bowiem możliwy jest do stwierdzenia po zakończeniu i wdrożeniu inwestycji. Dla oceny do jakiego stopnia gwarantować można uzyskanie efektu niezbędna byłaby wiedza specjalistyczna. Równocześnie, przy takiej konstrukcji przetargu, zamawiający w istocie dopuszczał wszelkie rozwiązania technologiczne pod warunkiem, że efekt końcowy stanowić będzie odpad inny niż niebezpieczny. Siwz bowiem nie wymagały przedstawienia w ofercie opisu technologii , ani urządzeń. Nie zawierały też wymagań w zakresie ilości zużycia addytywu przy utylizacji odpadów.

Tu Sąd ubocznie wskazuje, iż z faktu tego odwołujący zdawał sobie sprawę skoro wraz z odwołaniem złożył wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Jednakże w toku postępowania przed Izbą zrezygnował z tego dowodu, pozbawiając się tym samym istotnego środka dowodowego, który mógłby wykazać, iż postawiona przez niego teza jest słuszna.

Teza ta sprowadzała się do twierdzenia, że dodanie w procesie spalania środka Tracę Lock w ilości 0,4/ Mg popiołów jest niewystarczające dla uzyskania efektu wymaganego warunkami siwz.

Tylko bowiem wykazanie przed Izbą, że efekt nie nastąpi mogło doprowadzić do uznania oferty siwz za niezgodną z ich wymogami.

Izba, prowadząc postępowanie dowodowe oparła się na stanowisku spółki Geodur, wyrażonym w piśmie z dnia 19 kwietnia 2012 roku oraz na treści zastrzeżeń patentowych. Sąd Okręgowy, analizując przebieg postępowania dowodowego przed Izbą, zauważa, że w postępowaniu tym Izba dostrzegła zmienność stanowiska spółki Geodur, która przed dniem 19 kwietnia 2012 roku zajmowała stanowisko zgoła inne, niż wskazane w tym środku dowodowym. Niemniej pismo to stanowiło pierwszy, kluczowy argument , który miał przemawiać za stanowiskiem odwołującego. Zauważa też Sąd okręgowy, że w kolejnym piśmie, to jest z dnia 31 maja 2012 roku, Geodur ponownie uznała, iż ilość addytywu zaproponowana przez Mostostal gwarantuje efekt. Podobne stanowisko zajęła spółka Hitachi Zosen Inova w piśmie z dnia 27 sierpnia 2012 roku. Sąd Okręgowy dopuścił wskazane wyżej dowody z dokumentów ponieważ zostały one wytworzone po dacie wydania wyroku przez Izbę w związku z czym zastosowanie znalazł przepis art. 381 kpc.

Drugim argumentem, który przemawiać miał za zasadnością odwołania pozostawała treść zastrzeżeń patentowych.

Z zapisu zastrzeżeń „ korzystnie od 0,5 kg addytywu" Izba wyciągnęła wniosek, iż mniejsza ilość addytywu, to jest poniżej 0,5 kg/ Mg popiołów, nie gwarantuje efektu.

W ocenie Sądu Okręgowego należy rozważyć jaki sens i jaka wagę prawną posiadają zastrzeżenia patentowe. Przy rozważaniach tych nie można pominąć znaczenia jakie nadaje zastrzeżeniom patentowym właściciel patentu.

Zgodnie z art. 33 ust. 3 Ustawy Prawo własności przemysłowej/ Dz. U. nr. 33 z 2004 r, poz. 286/ funkcją zastrzeżeń patentowych jest definiowanie wynalazku- wstępnie jako przedmiotu żądania ochrony prawnej, po udzieleniu patentu- jako przedmiotu wyłącznego prawa korzystania/ B. Czachórska- Jones, System Prawa własności Intelektualnej, t. III Prawo wynalazcze, Ossolineum 1990, s.257/. Natomiast w zastrzeżeniu zależnym precyzowane są cechy wyróżniające zgłoszone rozwiązanie ze stanu techniki, to jest cechy zawarte w części znamiennej rozwiązania zależnego/ Zb. Okoń, Komentarz/. W zastrzeżeniach zależnych prezentowane są też warianty wynalazku/ Michał du Vall, Komentarz, oficyna 2008/.

Reasumując to co zawarte jest w zastrzeżeniach patentowych stanowi gwarancję właściciela patentu, że przy ścisłym zastosowaniu procedury tam wskazanej osiągnięty będzie określony efekt. Za gwarancje tego efektu właściciel patentu pobiera opłaty licencyjne. Nie oznacza to, że wykluczona jest skuteczność wynalazku przy zastosowaniu innych jego wariantów, choć właściciel patentu tego nie gwarantuje.

Na tle nin. sprawy należy stwierdzić, iż możliwość wykazania niezgodności oferty skarżącego z siwz zachodziłaby w przypadku przeprowadzenia dowodu , wskazującego w sposób oczywisty, że dodanie addytywu w ilości poniżej o,5 kg/ Mg popiołów wyklucza uzyskanie opadu innego niż niebezpieczny o kodzie 190305.

Dowód taki nie został zaoferowany przez odwołującego. Jak wyżej wskazano nie stanowią takiego dowodu zastrzeżenia patentowe skoro nie wykluczają możliwości uzyskania efektu przy użyciu mniejszej ilości Tracę Lock. Potwierdza to stanowisko Geodur wyrażane w pismach z okresu od stycznia do kwietnia 2012 roku oraz pismo z 31 maja 2012 roku. Sąd jednakże nadaje pismom tym takie znaczenie, iż o ile przy ilości addytywu 0,5 kg/ Mg gwarantuje się osiągnięcie efektu, o tyle przy mniejszej ilości addytywu nie wyklucza się, że efekt będzie osiągnięty.

Nie można tu pomijać kwestii odpowiedzialności właściciela patentu za rozwiązanie podane w zastrzeżeniach patentowych. Zastrzeżenia te zakreślają bowiem granice tej odpowiedzialności co, jak powiedziano, nie oznacza , że w innym wariancie efekt nie nastąpi.

Dla potrzeb postępowania kwestia ta ma znaczenie decydujące. Nie można bowiem zdyskwalifikować oferty jako niezgodnej z siwz , opierając się na założeniu, jak to uczyniła Krajowa Izba Odwoławcza, że skoro Geodur gwarantuje efekt przy zachowaniu określonej procedury, a nie gwarantuje w razie choćby częściowego odstąpienia od niej, to oferta nie spełnia wymogów siwz. Nadto zawarte w zastrzeżeniach patentowych określenie „ korzystnie” nie może być tłumaczone jako wykluczające inne warianty. Warianty te mogą okazać się równie korzystne".

Założenie, że efekt, przy przyjęciu oferty Mostostal nie nastąpi, miało w ocenie Sądu Okręgowego wymiar hipotetyczny, a w konsekwencji, w braku innych dowodów, odwołanie winno było być oddalone.

W tym kontekście zbędne są dalsze rozważania na temat czy i w jakim zakresie znajdą zastosowanie inne środki do stabilizacji odpadów w postaci tlenku i wodorotlenku wapnia oraz cementu i na jakim etapie procesu technologicznego. Skoro skarżący nie był obowiązany dowodzić, że jego oferta jest zgodna z wymogami siwz, zaś odwołujący nie dysponował dowodem, z którego wynikałaby niezgodność oferty z siwz rozważanie zasadności zastosowania dalszych środków stabilizujących nie jest konieczne. Dodatkowo przesądzenie tej kwestii także wymagałoby dowodu z opinii biegłego. Tu Sąd Okręgowy zauważa, że skład odpadów przeznaczonych do spalarni jest jedynie składem aktualnym na chwilę obecną. Szybki postęp technologiczny pozwala na postawienie tezy, iż po wybudowaniu spalarni skład odpadów może zawierać inne jeszcze komponenty chemiczne, nieobecne w dniu dzisiejszym. W tej sytuacji opinia rzeczoznawcy musiałaby zawierać określony margines błędu wobec czego jej przydatność pozostawałaby ograniczona. Nadto przy prowadzeniu przetargu na zasadzie „ zaprojektuj i wybuduj” weryfikacja efektu końcowego następuje de facto dopiero po zrealizowaniu inwestycji, o czym wspomniano wyżej. Wychodząc z tych przesłanek Sąd uznał wniosek skarżącego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego za nieuzasadniony i wniosek ten oddalił. Na marginesie Sąd stwierdza, iż w jego ocenie wniosek nie był spóźniony ponieważ dopiero treść uzasadnienia wyroku KIO wskazała, że skarżący został uznany za stronę zobowiązaną do udowodnienia zgodności swojej oferty z siwz.

Przeprowadzona w postępowaniu skargowym analiza stanowiska zajętego przez Krajową Izbę Odwoławczą prowadzi do wniosku, że Izba błędnie rozłożyła ciężar dowodu oraz wywiodła z określonego materiału

dowodowego niezasadne wnioski. Jak wykazano treść zastrzeżeń patentowych, w takiej formie jak je zapisano, nie daje podstaw do kategorycznego stwierdzenia o niemożności uzyskania efektu założonego w siwz przy przyjęciu oferty skarżącego. Niemożności tej odwołujący nie dowiódł. Niemożności tej przeczą też pośrednio stanowiska zajęte przez Geodur w cytowanych wyżej odpowiedziach na kierowane doń pytania. Trzeba wskazać, że i pytania te odnoszą się tylko do części proponowanej technologii wobec czego żadne z pism Geodur nie daje definitywnej odpowiedzi na zarzut odwołującego. Pisma te zresztą, jak wspomniano, nie są elementem kluczowym w sprawie. Brak dowodu na okoliczność niezgodności oferty Mostostalu z siwz ma natomiast znaczenie decydujące/wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2004r., II CK 314/02, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 2004r., II CK 370/03/.

Ponieważ nie zostało dowiedzione aby treść oferty skarżącego nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zachodziły podstawy do nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty Mostostalu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 f ust. 2 zd. 2 Pzp zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że odwołanie oddalił.

Orzekając o kosztach postępowania Sąd Okręgowy zważył co następuje.

W toku postępowania odwołujący podniósł zarzut niezgodności art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sadowych w sprawach cywilnych/ Dz. U. nr 90 z 2010 r poz. 594/ z art. 45 ust. 1 i art. 78 Konstytucji RP, a także zarzut niezgodności powyższego przepisu z art. 2 ust. 9 dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r / 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych, administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Wskazując, iż kwestia zgodności kwestionowanego przepisu z Konstytucją pozostaje przedmiotem skargi rozpoznawanej przez Trybunał Konstytucyjny do syg. SK 25/11, wywodzono, że obowiązek wniesienia opłaty stosunkowej przy wniesieniu skargi na orzeczenie KIO w wysokości 5 % wartości przedmiotu zamówienia, lecz nie więcej niż 5 milionów złotych, ma charakter przepisu zaporowego, którego celem jest ograniczenie ilości składanych skarg, co wynika wprost z uzasadnienia projektu zmiany cyt. ustawy.

Ponieważ dostępność drogi sądowej jest jedną z podstawowych zasad konstytucyjnych tak wysoka opłata przedstawia się jako faktyczna przeszkoda na tej drodze, naruszając też normę zawartą w art. 78 Konstytucji RP, gdzie wskazano, że każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń wydanych w pierwszej instancji. Ponadto opłata „ zaporowa" stoi w sprzeczności z zasadą wyrażoną w art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z uwagi na to, iż nadmierna opłata , nie zachowująca rozsądnej relacji pomiędzy stosowanymi środkami, a uzasadnionym prawnie celem, prowadzi do ograniczenia prawa do sądu. Stąd wnoszono aby Sąd Okręgowy przy obliczaniu kosztów procesu odmówił zastosowania art. 32 ust. 4 uoks jako sprzecznego z Konstytucją.

Sąd Okręgowy dostrzega zasygnalizowany problem, jak i to, że skargi konstytucyjne, połączone do wspólnego rozpoznania do sygn. SK 25/11, będą niebawem przedmiotem rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny. Niemniej zauważa, że na datę wydania wyroku kwestionowany przepis obowiązuje i jest wiążący, do czasu ewentualnego uznania przez Trybunał, że norma ta narusza cytowane przepisy Konstytucji. Ponieważ skargom konstytucyjnym nadano bieg, zdaniem Sądu, brak jest obecnie podstaw do przesądzenia czy art. 34 ust. 2 uoks narusza konstytucyjne prawo do sądu.

Trzeba mieć też na uwadze to, iż zakłada się, że uczestnicy przetargu są wydolni finansowo, w celu podzielenia kosztów tworzą konsorcja, wobec czego kwestionowany poziom opłaty nie w każdym przypadku faktycznie tworzy barierę w zakresie uprawnienia do zaskarżania orzeczeń pierwszej instancji. Sąd Okręgowy nie widzi też podstaw do zwrócenia się do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prejudycjalnym na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jako że, jak wspomniano, kwestia ta będzie przedmiotem rozpoznania przez TK. Natomiast w przypadku stwierdzenia przez Trybunał Konstytucyjny niezgodności powyższego przepisu z Konstytucją strona może skorzystać z możliwości przewidzianych przepisami Kodeksu postępowania cywilnego.

Wychodząc z tych przesłanek Sąd Okręgowy zasądził od odwołującego na rzecz skarżącego koszty postępowania na podstawie art. 198 f okt. 5 Pzp, to jest zgodnie z wynikiem procesu. Na koszty te składają się : opłata od skargi oraz koszty zastępstwa przed KIO i przed sądem, wynikające z treści art. 34 ust. 2 uoks oraz § 3 Rozporządzenia Prezesa RM w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym/ Dz. U. nr. 41 z 2010 r., poz. 238/ w zw. z § 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokacki/ dz. U. nr. 163 z 2002r., poz. 1348, z późn. zm./.

Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż stronami pozostającymi w sporze są odwołujący i skarżący, co pośrednio potwierdza treść art. 186 ust. 6 Pzp. W przypadku wniesienia sprzeciwu koszty ponosi bowiem, w zależności od wyniku postępowania, bądź odwołujący, bądź skarżący, co wynika z relacji przepisów art. 198 f ust. 2 Pzp, art. 192 ust. 10 Pzp i art. 186 ust. 6 Pzp.