

Sygn. akt KIO/UZP 2460/10

WYROK

z dnia 26 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. Mostostal SA w Warszawie, 2. TOTEMA EOD w Sofii** od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA w Belchatowie Oddział Elektrownia Belchatów Rogowiec**, protestu z dnia 21 października 2010 r.,

przy udziale wykonawcy **Babcock Borsig Service GmbH w Oberhausen** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mostostal SA w Warszawie i TOTEMA EOD w Sofii** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: czterech tysięcy czterystu czterdziestu czterech złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego;
- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy pięciuset pięćdziesięciu sześciu złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mostostal SA w Warszawie i TOTEMA EOD w Sofii**.

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA w Bełchatowie Oddział Elektrownia Bełchatów Rogowiec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „*Modernizację i remont układu paleniskowego wraz z częścią ciśnieniową kotła bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów SA*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: 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 – wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, wynosi powyżej 10.000.000 zł (kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia opiewa na 2.440.000.000,00 zł).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 października 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2009/S 206-296646.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający w dniu 11 października 2010r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Babcock Borsig Service GmbH w Oberhausen, informując w tej samej dacie wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 21 października 2010r. protest wniosło Konsorcjum firm: Mostostal SA w Warszawie i TOTEMA EOD w Sofii. Zamawiający w dniu 28 października 2010r. odrzucił protest, uznając iż dotyczył on treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu, w dniu 8 listopada 2010r. Odwołujący Konsorcjum firm: Mostostal SA w Warszawie i TOTEMA EOD w Sofii wniosło odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Babcock Borsig Service GmbH w Oberhausen a także zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH z siedzibą w Oberhausen w Niemczech i odrzucenia oferty tego wykonawcy, zaniechanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący przekazał jednocześnie kopię treści odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił rozstrzygnięciu Zamawiającego:

- 1) naruszenie art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niewłaściwe zastosowanie, w wyniku którego bezpodstawnie i błędnie

Zamawiający przyjął, iż protest Odwołującego na czynności związane z oceną i wyborem najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania wykluczenia Babcock Borsig Service GmbH z postępowania o zamówienie publiczne, zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy;

- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez ich niezastosowanie lub naruszenie polegające na: niezapewnieniu w toku postępowania zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania poprzez bezprawny wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: art. 3 w związku z art. 15 ust. 1 tej ustawy, polegający na podawaniu przez wykonawcę nieprawdziwych, zaniżonych parametrów w ofercie końcowej punktowanych przez Zamawiającego, w celu uzyskania w ten sposób dodatkowych punktów, których wykonawca nie uzyskałby podając dane odpowiadające rzeczywistości, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, w konsekwencji nieodrzuconiu oferty wykonawcy kwalifikującej się do odrzucenia i zaniechaniu czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy, który podał w swej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nieodrzuconiu takiej oferty;
- 4) dokonaniu wyboru oferty innego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej, która nie jest ofertą najkorzystniejszą złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o zamówienie publiczne, którego oferta podlega odrzuceniu.

W oparciu o powyższe zarzuty konsorcjum firm: Mostostal SA w Warszawie i TOTEMA EOD w Sofii wniosło o uznanie, że protest wniesiony został co do zarzutów w nim podniesionych w terminie i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności doprowadzenia postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności dotyczącej odrzucenia protestu;

- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH z postępowania o zamówienie publiczne jako wykonawcy składającego nieprawdnie informacje w postępowaniu o zamówienie publiczne i odrzucenie oferty BABCOCK; wykonanie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z pośród ważnych ofert.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie w toku postępowania: dowodów z dokumentów prywatnych załączonych do odwołania: kopii SIWZ - części technicznej dotyczącej modernizacji kotła nr 3 w zakładzie Zamawiającego; kopii niezastrzeżonej oferty technicznej złożonej przez Babcock Borsig Service GmbH w postępowaniu o zamówienie publiczne na modernizację kotła nr 3 w zakładzie Zamawiającego; prezentacji Zamawiającego dotyczącej modernizacji kotła nr 3, zaprezentowanej przez przedstawicieli Zamawiającego w Szczyrku w dniach 25-27 listopada 2009; dowodów z dokumentów prywatnych będących w posiadaniu Zamawiającego, poprzez wezwanie Zamawiającego do ich przedstawienia podczas postępowania odwoławczego: umowy nr 7/DS./SP/2006 z dnia 2 lutego 2006 roku zawartej z Babcock Borsig Service GmbH o zamówienie publiczne dotyczące „Modernizacji części paleniskowej wraz z częścią ciśnieniową kotła BB-1150 bloku nr 3 w BOT Elektrowni Bełchatów S.A. wraz z aneksem nr 1 do Umowy z roku 2008; umowy nr ../DS/SP/09 zawartej w październiku 2009 roku z Zakładami Pomiarowo-Badawczymi Energetyki „Energopomiar” Sp. z o.o. w Gliwicach Babcock Borsig Service GmbH o zamówienie publiczne dotyczące „Przeprowadzenia Pomiarów Rozruchowych i Gwarancyjnych Bloku Nr 4 po kompleksowej modernizacji i ponownych pomiarów gwarancyjnych bloku nr 3” a także dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu energetyki na okoliczność: czy mając na uwadze dotychczasowe rozwiązania techniczne, zaprezentowane i przeprowadzone przez Babcock Borsig Service GmbH przy modernizacji kotła 3 u Zamawiającego i aktualnie zaoferowane rozwiązania techniczne zawarte w zastrzeżonej ofercie technicznej Babcock Borsig Service GmbH złożonej w postępowaniu o zamówienie publiczne, różnią się na tyle, iż umożliwiają zasadnicze obniżenie Wartości NO_x z 200mg/m³_r i realnie osiągnięcie wartości NO_x na poziomie = 180mg/m³_r w spalinach

(6% O₂ spaliny suche) w zakresie obciążeń 40-100% WMT dla węgla gwarancyjnego; mając na uwadze wymagania Zamawiającego do uzyskania pozostałych gwarantowanych parametrów technicznych określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ofercie Babcock Borsig Service GmbH, oraz właściwości kotłów 7-12 i instalacji w nich funkcjonujących. Odwołujący wniósł także o przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadków w osobach pracowników Zamawiającego a także pracownika firmy pomiarowej. Na rozprawie Odwołujący cofnął wniosek o przesłuchanie pracownika firmy pomiarowej.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podjął polemikę z uzasadnieniem decyzji Zamawiającego o odrzuceniu odwołania, wykazując, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, protest nie był spóźniony nie dotyczył bowiem treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podał odwołaniu, iż w myśl art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym na dzień ogłoszenia postępowania o zamówienie publiczne „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: *złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania*”. Przesłankami wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu są: 1) złożenie nieprawdziwych informacji oraz 2) wpływ nieprawdziwych informacji na wynik prowadzonego postępowania, które to przesłanki muszą być spełnione łącznie. Wskazano, że zgodnie z oraz opublikowanym przez Zamawiającego ogłoszeniem, sekcja IV w pkt IV.2.1) „Kryteria udzielenia zamówienia”, Zamawiający wskazał, że kryteriami oceny ofert będą: 1. Cena ofertowa brutto - przy zastosowaniu wagi = 80% oraz 2. Gwarantowane parametry techniczne i zastosowane rozwiązania technologiczne - przy zastosowaniu wagi 20%. Jednym z kryteriów cząsteczkowych oceny ofert, mających wpływ na obliczenie ilości punktów przyznanych za zapewnienie gwarantowanych paramentów technicznych i zastosowanych rozwiązaniach technicznych był wskaźnik zawartości NO_x w spalinach (6 % O₂ spaliny suche) w zakresie obciążeń 40-100% WMT dla węgla gwarancyjnego [mg/m³_r]. Zgodnie z pkt. 21, za wskaźnik NO_x każdy oferent mógł otrzymać maksymalnie 8 punktów (40% z 20 pkt możliwych do uzyskania z tytułu osiągania parametrów technicznych). Zamawiający na stronie 35 SIWZ ponadto podał, iż z tytułu kryterium cząsteczkowego dotyczącego Wskaźnika NO_x Wykonawca może uzyskać: od 0 pkt za poziom 190 mg/m³_r do 8 pkt za poziom Wskaźnika NO_x równy 170 mg/m³_r. W przypadku, gdy rozwiązanie techniczne

gwarantuje osiągnięcie Wskaźnika NO_x 180mg/m³_r. Zamawiający przyznaje odpowiednio 4 pkt (20% z 20pkt).

Wskaźnik NO_x podany przez Wykonawców miał istotny wpływ na uzyskanie przez nich dodatkowych punktów oraz końcową klasyfikację i wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający, korzystając ze swoich uprawnień, tak skonstruował SIWZ, iż skonkretyzował swoje wymagania dotyczące rozwiązań technicznych, co spowodowało, iż Wykonawcy chcący uczestniczyć w przetargu i spełnić zunifikowane wymagania techniczne SIWZ, mogli zaproponować de facto niemalże identyczne rozwiązania techniczne dotyczące modernizacji kotłów. W konsekwencji spowodowało to, iż ceny ofertowe były do siebie bardzo zbliżone, ze względu na wymaganą technikę modernizacji kotłów i katalog robót do wykonania, a rozbieżność między ofertą najtańszą i najdroższą wynosiła 6.8%. O ile Wykonawcy mogli kształtować wysokość cen, które są konkluzją ich decyzji o tyle niemożliwym jest swobodne, oderwane od rzeczywistości gwarantowanie punktowanych parametrów technicznych, których osiągnięcie opiera się na dostępnych rozwiązaniach technicznych, które podlegają prawom i zasadom chemii, fizyki i matematyki, są jednoznaczne stałe i policzalne. Dlatego również Wykonawcy: RAFAKO S.A. konsorcjum PBG S.A. oraz Odwołujący podali w swoich ofertach Wskaźnik NO_x na poziomie 190mg/m³_r, co było konsekwencją rzetelnego podejścia do wymagań Zamawiającego i możliwości technicznych dostępnych w aktualnym stanie wiedzy i rozwiązań, a także ram narzuconych przez Zamawiającego w SIWZ. Wszelkie inne oświadczenia, zapewnienia i gwarantowanie, iż możliwym jest osiągnięcie Wskaźnika NO_x niższego niż 190mg/m³_r przy jednoczesnym dotrzymaniu pozostałych gwarantowanych parametrów technicznych jest bezwzględnie podawaniem w pełni świadomie informacji nieprawdziwych. Taką informację będącą nieprawdą z pełną świadomością podał Babcock Borsig Service GmbH, co umożliwiło mu bezprawne uzyskanie dodatkowych 4 punktów i miało w konsekwencji bezpośredni wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne, ponieważ tym samym Babcock Borsig Service GmbH uzyskał w postępowaniu 92,74 punkty, plasując się przed Odwołującym się który uzyskał 92 punkty. Odwołujący podaje, że gdyby Babcock Borsig Service GmbH podał w swojej ofercie prawdziwy, możliwy do osiągnięcia wskaźnik NO_x, przy tak wymaganej modernizacji i możliwościach kotła, spowodowałoby to, iż jego oferta otrzymałaby 88,74 punktów i zostałaby sklasyfikowana na pozycji drugiej, za Odwołującym.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający po otwarciu ofert, wiedząc, jaka modernizacja jest wymagana zgodnie z SIWZ i jakie są maksymalne osiągi techniczne redukcji Wskaźnika

NOx, po otrzymaniu oświadczenia Babcock Borsig Service GmbH o możliwości osiągnięcia nierealnego Wskaźnika NOx na poziomie $= 180\text{mg}/\text{m}^3$, dla węgla gwarancyjnego przy jednoczesnym dotrzymaniu pozostałych gwarantowanych parametrów technicznych przy rozwiązaniach oferowanych przez Babcock Borsig Service GmbH, winien wszcząć odpowiednie postępowanie wyjaśniające i po jego przeprowadzeniu wykluczyć wykonawcę BABCOCK na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy jako wykonawcę podającego nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne i następnie ofertę jego odrzucić. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien podjąć takie działania wyjaśniające dotyczące Wskaźnika NOx podanego przez wykonawcę Babcock Borsig Service GmbH i wykluczyć go z postępowania o zamówienie publiczne, skoro sam publicznie stwierdził wielokrotnie, iż wykonawca Babcock Borsig Service GmbH realizujący identyczne prace na blokach 3-5 ma problemy z osiągnięciem choćby Wskaźnika NOx na poziomie średniodobowym, co najmniej $200\text{mg}/\text{m}^3$, dla całego zakresu węgla kontraktowego (niepunktowanego przy ocenie ofert), na co wskazują, zdaniem Odwołującego, okoliczności faktyczne:

- a) Zamawiający w przeszłości zawarł umowę nr 7/DS./SP/2006 o zamówienie publiczne z wykonawcą Babcock Borsig Service GmbH, przedmiotem, której była modernizacja kotła nr 3 (identycznego kotła jak kotły nr 7-12 które mają być przedmiotem modernizacji w ramach niniejszego postępowania o zamówienia publiczne). Postanowienia SIWZ dotyczące wymogów technicznych Zamawiającego, które znalazły się w kontrakcie nr 7/DS./SP/2006 z Babcock Borsig Service GmbH, jak i wymogi techniczne zawarte w SIWZ dotyczącym Zamówienia Publicznego, wyraźnie wskazują że Zamawiający, w aktualnym SIWZ części technicznej zastrzyił wymogi techniczne modernizacji kotłów 7-12 co automatycznie powoduje, iż osiągnięcie jak najniższych poziomów Wartości NOx będzie znacznie trudniejsze w porównaniu z poprzednimi zamówieniami. Powoduje to, zdaniem odwołującego, iż wykonawca Babcock Borsig Service GmbH doskonale zdawał sobie sprawę, iż osiągnięcie przez niego dotychczasowych poziomów Wartości NOx będzie o wiele trudniejsze niż poprzednich kontaktach realizowanych u Zamawiającego, mając na uwadze ciągłość pracy kotłów z zgodnie z innymi bezwzględными parametrami wymaganymi przez Zamawiającego. Mając to na uwadze, Wykonawca Babcock Borsig Service GmbH, co najwyżej, składając oświadczenia zgodne z prawdą mógł podać osiągnięcie Wartości NOx na poziomach, które udaje mu się osiągać aktualnie,

czyli znacznie wyższych niż $180\text{mg}/\text{m}^3_{\text{r}}$, przekraczających $200\text{mg}/\text{m}^3_{\text{r}}$ dla węgla gwarancyjnego.

- b) Zamawiający publicznie w dniach 25-27 listopada 2009 roku, przedstawił na corocznej konferencji branżowej w Szczyrku efekty realizacji prac przeprowadzonych w przez wykonawcę Babcock Borsig Service GmbH. Podczas prezentacji przedstawiciele Zamawiającego stwierdzili i przedstawili na slajdach, w Wynikach Pomiarów Gwarancyjnych, iż Wykonawca Babcock Borsig Service GmbH i rozwiązania techniczne jakie posiada, nie pozwalają na osiągnięcie poziomów Wartości NOx poniżej $190\text{mg}/\text{m}^3_{\text{r}}$ a nawet nie pozwalają na osiągnięcie Wartości NOx poniżej $200\text{mg}/\text{m}^3_{\text{r}}$ dla węgla gwarancyjnego i dla całego zakresu węgla kontraktowego. Co więcej, Zamawiający wskazał także, iż niespełnione zostały również parametry: temperatury pary świeżej oraz wtórnej, jak również części lotnych w popiele (slajdy 1-2 oraz 13-18, 37-38 prezentacji). Fakt nieosiągnięcia Wartości NOx $< 200\text{mg}/\text{m}^3_{\text{r}}$ dla węgla gwarancyjnego i dla całego zakresu węgla kontraktowego przez Babcock Borsig Service GmbH został stwierdzony całkiem niedawno, pod koniec 2009 roku, co wskazuje, że Wykonawca Babcock Borsig Service GmbH, mimo kilku lat realizacji kontraktu, nie potrafi znaleźć rozwiązania pozwalającego na osiągnięcie przez niego Wartości NOx $< 190\text{mg}/\text{m}^3_{\text{N}}$ dla węgla gwarancyjnego średniodobowo. *A contrario*, gdyby Babcock Borsig Service GmbH posiadał rozwiązania techniczne pozwalające na osiągnięcie parametru Wskaźnika NOx na poziomie $180\text{mg}/\text{m}^3_{\text{r}}$; wykonałby już dawno kontrakt dotyczący kotła nr 3, gdzie jest wymagane osiągnięcie Wartości NOx $200\text{mg}/\text{m}^3_{\text{r}}$ dla całego zakresu węgla kontraktowego oraz Wartość NOx $< 190\text{mg}/\text{m}^3_{\text{r}}$ dla węgla gwarancyjnego oraz pozostałych gwarantowanych parametrów technicznych zgodnie z SIWZ i Ofertą przy znaczenie liberalniejszych wymogach Zamawiającego.
- c) Identyczne wnioski Zamawiającego są zawarte również, w umowie zawartej w trybie zamówień publicznych ze spółką ZPBE Energopomiar Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, w której Zamawiający stwierdza, że po zakończeniu prac przez Babcock Borsig Service GmbH, rozwiązania techniczne zaproponowane przez Babcock Borsig Service GmbH nie pozwoliły na osiągnięcie gwarancji technicznych w tym absolutnych dotyczących między innymi przedmiotowych Wartości NOx poniżej $200\text{mg}/\text{m}^3_{\text{N}}$ dla węgla gwarancyjnego i dla całego zakresu węgla kontraktowego umożliwiającymi odbiór przedmiotu kontraktu. Wskazuje to

jednoznacznie, że Wykonawca Babcock Borsig Service GmbH nie uzyskał w terminach określonych kontraktem gwarancji absolutnych Wartości NOx poniżej 200mg/m³_r. Tym samym, składając w ofercie w niniejszym zamówieniu publicznym, Wartość NOx 180mg/m_r Babcock Borsig Service GmbH miał pełną świadomość, że nie są to dane rzeczywiste i niemożliwe do osiągnięcia, Zamawiający zaś doskonale zdawał sobie sprawę, iż ta okoliczność winna być przedmiotem postępowania wyjaśniającego.

- d) Odwołujący podniósł, iż Babcock Borsig Service GmbH w niniejszym postępowaniu zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część oferty technicznej, co uniemożliwia dodatkowe wykazanie, za pomocą prywatnej opinii biegłego, przed wniesieniem odwołania, iż rozwiązania techniczne zaproponowane w poprzednim postępowaniu i obecnym postępowaniu o zamówienie publiczne nie różnią się, co w konsekwencji powoduje, że każde zapewnienie wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH o możliwości osiągnięcia wartości NOx poniżej = 180mg/m³_r dla węgla gwarancyjnego przy jednoczesnym dotrzymaniu pozostałych gwarantowanych parametrów technicznych na kotłach Zamawiającego, są bezpodstawne i powodują iż dopuszcza się on składania oświadczeń zawierających informacje nieprawdziwe. Z tych również względów Odwołujący, mając na uwadze powyższe zastrzeżenie przez Babcock Borsig Service GmbH tajemnicy przedsiębiorstwa i nieujawnienie przez Zamawiającego Odwołującemu oferty technicznej Babcock Borsig Service GmbH, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego poprzez powołanie w trybie art. 188 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych biegłego sądowego z zakresu energetyki - budowy i funkcjonowania kotłów.

Przeprowadzenie tego dowodu ma umożliwić, zdaniem Odwołującego, ostateczne udowodnienie, iż wykonawca Babcock Borsig Service GmbH podał nieprawdnie informacje, wskazując, iż rozwiązania techniczne, które oferuje, pozwalają osiągnąć poziom Wartości NOx =180mg/m³_r, dla węgla gwarancyjnego przy jednoczesnym dotrzymaniu pozostałych gwarantowanych parametrów technicznych i tą okolicznością wpłynął istotnie na wynik postępowania o zamówienie publiczne.

Odwołujący oświadczył iż, Wykonawca Babcock Borsig Service GmbH wiedząc, że rozwiązania techniczne, którymi dysponuje i które miał już okazję wdrożyć na bliźniaczych kotłach u Zamawiającego, nie pozwalają mu na gwarantowanie Zamawiającemu uzyskania Wartości NOx na poziomie 180mg/m³_r umyślnie podał nieprawdziwą informację w swojej

ofercie w celu uzyskania w sposób bezprawny dodatkowych 4 punktów, które umożliwiły mu uzyskanie pierwszej pozycji po przeprowadzeniu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o zamówienie publiczne. Takie nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne i pozbawiły Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego. Dyspozycja art. 24 ust 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma na celu nie tylko ochronę interesu Zamawiającego, umożliwiając mu poprzez ten przepis wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy składają oferty, których realnie nie można wykonać, oraz interesu publicznego polegającego na ochronie wydatkowanych środków publicznych, ale również ma na celu ochronę zasady uczciwości w obrocie gospodarczym, w którym wydatkowane są środki publiczne, nierzadko znacznych wartości. Wybór oferty najkorzystniejszej winien nastąpić wyłącznie spośród ofert wykonawców, którzy dają rzeczywistą gwarancję realizacji zamówienia publicznego z należytą starannością zgodnie z celem zamówienia publicznego, zamierzonymi przez Zamawiającego efektami określonymi w SIWZ.

Przepis ten ma również powstrzymywać wykonawców przed bezprawnym manipulowaniem nieprawdziwymi informacjami mającymi wpływ na wynik postępowania, umyślnie podawanymi w celu osiągnięcia zamówienia publicznego.

Odwołujący podaje, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ma niewątpliwie charakter imperatywny - Zamawiający, otrzymując od wykonawców w ofertach oświadczenia zawierające informacje budzące oczywiste wątpliwości, winien dążyć przede wszystkim do ich wszechstronnego wyjaśnienia, w celu ochrony własnego interesu gospodarczego jak i ochrony środków publicznych, tym bardziej, jeżeli wartość zamówienia jest wyjątkowo wysoka i sięga około 2 mld zł (dwóch miliardów złotych). Błędym jest zachowanie Zamawiającego, który bezkrytycznie przyjął oświadczenia Babcock Borsig Service GmbH w zakresie Wartości NOx, nie zrewidował ich, uznając je za informacje prawdziwe i posiadając specjalistyczną wiedzę na temat dotychczasowych rezultatów Babcock Borsig Service GmbH, wydajności rozwiązań technicznych określonych w SIWZ i możliwości technicznych obiektów, które mają być przedmiotem modernizacji, nie wykluczył wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH z postępowania i nie odrzucił jego oferty.

Odwołujący podniósł dalej zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego, w kontekście nieodrzczenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, podając że generalną zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy jest przygotowanie i przeprowadzenie

go w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Należy podkreślić, iż zasada ta odnosi się również do czynności oceny ofert pod względem wymagań z SIWZ, jak również wyboru najkorzystniejszej z nich. Odwołujący podał, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający jest obowiązany obligatoryjnie odrzucić taką ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazano, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji, lecz w tym zakresie odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która wskazuje w art. 15 ust. 1, iż jednym z czynów nieuczciwej konkurencji, jest czyn polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, przywołując w tym przepisie otwarty katalog przejawów takich działań, przy czym podane wyliczenie ma charakter jedynie przykładowy.

W toku prowadzonego postępowania Babcock Borsig Service GmbH, na etapie oferty wstępnej podał Wskaźnik NOx na poziomie $< 190\text{mg}/\text{m}^3_r$, za który to poziom nie są przyznawane dodatkowe punkty, następnie mimo zastrzeżenia wymogów technicznych w SIWZ, Babcock Borsig Service GmbH złożył ofertę końcową wskazującą Wskaźnik NOx na poziomie $= 180\text{mg}/\text{m}^3_r$ uzyskując w sposób bezprawny dodatkowe 4 punkty.

Jak to już wykazał Odwołujący, obecne możliwości techniczne właściwe dla rynku energetycznego narzucone przez Zamawiającego i określone w SIWZ uniemożliwiają realne zagwarantowanie przez jakiegokolwiek wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia Wskaźnika NOx na poziomie niższym niż $190\text{mg}/\text{m}^3_r$, dla węgla gwarancyjnego przy jednoczesnym dotrzymaniu pozostałych gwarantowanych parametrów technicznych zgodnie z SIWZ i ofertą Babcock.

W oparciu tezy i twierdzenia dotyczące zawarte w punkcie poprzednim dotyczącym podawania nieprawdziwych informacji przez Babcock Borsig Service GmbH, podkreślono, iż w obecnych warunkach technicznych nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia według wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ, i zagwarantowanie osiągnięcia Wskaźnika NOx na poziomie $= 180\text{mg}/\text{m}^3_r$.

Wskazanie przez Babcock Borsig Service GmbH Wskaźnika NOx na zaniżonym poziomie $180\text{mg}/\text{m}^3_r$, spowodowało, iż pozostali wykonawcy, składający realne oferty, w których przyjęte parametry Wskaźnika NOx stanowią przejaw rzetelnego podejścia do obowiązujących realiów technicznych, są automatycznie wykluczeni z możliwości uzyskania zamówienia, nawet proponując niższą cenę (jak w przypadku Odwołującego), gdyż w celu

konkurowania z ofertą zawierającą sztucznie zaniżony jeden parametrów technicznych, musieliby również sztucznie zaniżać pozostałe kryteria wpływające na sposób oceny oferty (tj. cenę i pozostałe parametry techniczne) co jest sprzeczne z prawem.

Tym samym, oferta uwzględniająca realne warunki techniczne i finansowe nie może rywalizować z ofertą w której doszło do podania nieprawdziwych wartości technicznych, w tym gwarancji osiągnięcia Wskaźnika NOx. Odwołujący podał, że zaniżanie wartości Wskaźnika NOx przez Babcock Borsig Service GmbH, (mające bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej) w stopniu znaczącym utrudnia innym przedsiębiorcom ubieganie się o zamówienie, a wręcz wyklucza innych wykonawców podających prawdziwe uzasadnione technicznie i naukowo dane, ograniczając w ten sposób dostęp do rynku (w konkretnym przypadku - zamówień publicznych). Takie działanie Babcock Borsig Service GmbH stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, którego realne wykonanie i osiągnięcie parametrów w myśl obecnego stanu wiedzy technicznej jest niemożliwe.

Zamawiający będący profesjonalistą w branży energetycznej powinien, dbając o zasadność wydatkowania środków publicznych, otrzymując takie dane w ofercie Babcock Borsig Service GmbH, co najmniej je zweryfikować, skoro są one zaniżone w porównaniu z identycznymi rozwiązaniami Babcock Borsig Service GmbH zainstalowanymi i eksploatowanymi u samego Zamawiającego.

Wskazano, iż czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wpisuje się w klauzulę generalną wyrażoną w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która wskazuje, iż *„czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”*. Przepis ogólny, jakim niewątpliwie jest art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz następne szczegółowe, w tym art. 15 ust. 1, uzupełniają się i mogą być stosowane kumulatywnie (tak SN w wyroku z dnia 16.04.2009, sygn. I CSK 24/09). Ponadto art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi wprost, iż utrudnianiem innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, jest również w szczególności działanie mające na celu wymuszenie na klientach (w tym przypadku Zamawiającym) wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy (w tym przypadku Babcock Borsig Service GmbH). Babcock Borsig Service GmbH składając ofertę w postępowaniu i podając świadomie nierealne wartości Wskaźnika NOx dopuścił się właśnie takiego czynu nieuczciwej konkurencji. Czyn ten również wyczerpuje dyspozycję art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na ograniczeniu w istotny

sposób możliwości dokonania zakupu u innego niż Babcock Borsig Service GmbH przedsiębiorcy (jak np. u Odwołującego się).

W ocenie Odwołującego, sztuczne i świadome zaniżanie możliwych do osiągnięcia parametrów technicznych przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie i dokładnie znającego realia rynku energetycznego jest sprzeczne z szeroko pojętymi dobrymi obyczajami, jako że profesjonalści powinni operować danymi, które znajdują oparcie w obowiązujących realiach technicznych, są w stanie je udowodnić. Takie zachowanie zagraża uzasadnionym interesom innych przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie publiczne, podających rzeczywiste, możliwe do osiągnięcia parametry Wskaźnika NOx, w konsekwencji powodując wykluczenie takich wykonawców z rynku zamówień publicznych. Zaproponowanie nierealnego Wskaźnika NOx przez Babcock Borsig Service GmbH w praktyce niemożliwym do zrealizowania, które jest istotnym kryterium wyboru ofert jest niewątpliwie czynem nieuczciwej konkurencji mającym na celu eliminację innych wykonawców z uzyskania zamówienia publicznego.

Tym samym, Odwołujący wskazuje, że oferta zawierająca zaniżoną wartość jednego z parametrów technicznych Wskaźnika NOx (co bezpośrednio ma wpływ na proces wyboru oferty najkorzystniejszej), nie powinna podlegać czynności oceny, lecz zostać odrzucona zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem, w którym Odwołujący podniósł analogiczne zarzuty jak w odwołaniu. Protest został odrzucony przez Zamawiającego, który uznał, iż jest on spóźniony, bowiem dotyczy brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uznał, że protest dotyczy prawidłowości (technicznej realności) kryterium cząstkowego oceny ofert a także rzetelności co do pozostałych trzech kryteriów cząstkowych ceny.

Do postępowania protestacyjnego, a następnie postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił i został dopuszczony wykonawca Babcock Borsig Service GmbH w Oberhausen, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Do postępowania protestacyjnego, a następnie postępowania odwoławczego po stronie Odwoławczego złożył przystąpienie wykonawca RAFAKO SA w Raciborzu, którego jednak nie dopuszczono do udziału w postępowaniu w charakterze przystępującego w rozumieniu art. 184 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na brak interesu prawnego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

Na podstawie przedłożonej przez Zamawiającego oryginalnej dokumentacji postępowania, złożonej oferty wstępnej, oferty Babcock Borsig Services GmbH w Oberhausen, dowodów przeprowadzonych na rozprawie, oświadczeń i wyjaśnień stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 24 października 2009r. (data ogłoszenia o zamówieniu) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest przed dniem 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy *ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu wcześniejszym, przed nowelizacją dokonaną ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1156) oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołującemu przypisano także posiadanie interesu prawnego, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – skoro Odwołujący kwestionuje wybór najkorzystniejszej oferty i wnosi o nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym wykluczenie wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, w takim wypadku oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą. Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego oraz wykonawcy Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – Babcock Borsig Service GmbH w Oberhausen o odrzucenie odwołania, uzasadnionego twierdzeniem, że odwołanie jest spóźnione, bowiem dotyczy brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dostrzeżenia wymagało, że odwołanie opiera się na tezie, że wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą w postępowaniu złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, wyraźnie zarazem wskazuje jako zaskarżoną czynność wybór najkorzystniejszej oferty oraz

przyznana wykonawcy, który złożył tę ofertę punktację. Nie bez znaczenia jest także, że zarzut podania nieprawdziwych informacji z natury może dotyczyć wyłącznie oferty lub dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu, nie może natomiast być skierowany wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Istotnie, w zakresie, w którym odwołanie zmierzało do wykazania obiektywnej niemożliwości wypełnienia zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do poziomu emisji 180 mg/m_N³ lub niższej NO_x w zakresie węgla gwarancyjnego, zarzuty odwołania nie mogły być rozpatrywane, jako skierowane w stosunku do brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ta część argumentacji, która zmierzała do wykazania nieprawdziwości informacji w ofercie wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH w Oberhausen i odnoszona jest do okoliczności innych, aniżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w tym odnosząca się do niemożliwości uzyskania wskaźnika NO_x na poziomie podanym w ofercie wykonawcy na podstawie wcześniejszych prac wykonanych przez Przystępującego (modernizacja bloku nr 3) a także objętej tajemnicą przedsiębiorstwa złożonej przez ten podmiot oferty wstępnej podlegała jednak rozpatrzeniu. Skoro z treści wniesionego odwołania (a także poprzedzającego to odwołanie protestu) wyraźnie wynika jego zakres, w tym przede wszystkim zakwestionowane czynności, określone jako *„odrzucenie protestu na czynności i zaniechania Zamawiającego (...), polegające na: zaniechaniu czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy BABCOCK BORSIG SERVICE GMBH z siedzibą w Oberhausen w Niemczech i odrzucenia oferty tego wykonawcy, zaniechaniu czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego”*, to nie sposób przyjmować, wbrew tak wyrażonej intencji Odwołującego, że odwołanie skierowane jest wobec innej, aniżeli wyraźnie w nim wskazana czynności. 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 protest a następnie odwołanie z przyczyn formalnych. Z tego względu nie dopatrzone się podstaw do odrzucenia odwołania, opisanych w art. 187 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając zarazem, że brak było podstaw do odrzucenia przez Zamawiającego protestu, co jest równoznaczne z uwzględnieniem zarzutów odwołania w części dotyczącej bezzasadnego odrzucenia protestu konsorcjum Mostostal Warszawa SA w Warszawie oraz TOTEMA EOD w Sofii.

Przepis art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co ze wskazanych niżej względów nie miało miejsca.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach odwołania i protestu (zgodnie z brzmieniem art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH, a także wskazywane w odwołaniu zaniechania uznać należało, że w analizowanym zakresie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ani innych przepisów powołanych w odwołaniu.

Podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczy podania nieprawdziwych informacji w ofercie Babcock Borsig Service GmbH w Oberhausen w zakresie wartości wskaźnika NO_x w spalinach w zakresie obciążeń 40-100 % WMT dla węgla gwarancyjnego na poziomie 180mg/m_N³.

Kwestionowane w odwołaniu (a wcześniej w proteście) oświadczenie wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH w Oberhausen zawarte jest w ofercie, złożonej w odpowiedzi na brzmienie zmodyfikowanej po przeprowadzonych negocjacjach z czterema wykonawcami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dostrzeżenia w pierwszym rzędzie wymaga, że analizowane postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Uwzględnienia zatem wymagała przy ocenie kwestionowanej w proteście a następnie w odwołaniu czynności Zamawiającego specyfika tego postępowania, wynikająca z treści przepisów art. 54 - 60 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym przede wszystkich charakteru oferty wstępnej oraz oferty ostatecznie składanej po negocjacjach. Oferta, składana po negocjacjach oraz po wynikającej z przebiegu tych negocjacji zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest zasadniczym dokumentem, który wyraża zobowiązania wykonawcy w postępowaniu. Przedmiotowe postępowanie zostało ukształtowane przez Zamawiającego w ten sposób, że wykonawcy obowiązani byli do złożenia oferty wstępnej na formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do specyfikacji w brzmieniu przed negocjowaniem przedmiotu zamówienia (SIWZ z grudnia 2009r.) a następnie składali ofertę zasadniczą (na formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej w wyniku przeprowadzonych negocjacji – SIWZ z lipca 2010r.). Ta oferta zawiera zatem ostateczne,

w pełni wiążące i definitywnie złożone oświadczenia w przedmiocie ceny za wykonanie zamówienia, zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia w kształcie wynegocjowanym i znajdującym odzwierciedlenie w ostatecznej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz istotne z punktu widzenia Zamawiającego oświadczenia wykonawcy zawierające zobowiązania do wykonania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem Gwarantowanych Parametrów Technicznych.

W tych warunkach, w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem oferta wstępna ma szczególny, niedefinitywny charakter, stanowi ona niejako składowe w odpowiedzi na brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyjściowe stanowisko negocjacyjne wykonawcy, które ma znaczenie tylko do momentu rozpoczęcia negocjacji. W następstwie prowadzonych wielostronnie, ze wszystkimi zaproszonymi wykonawcami negocjacji, tracą na znaczeniu oświadczenia zawarte w ofertach wstępnych tych wykonawców, tak jak i będące przedmiotem negocjacji zawarte w pierwotnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oczekiwania i wymagania zamawiającego zaproponowane jako pole wyjściowe do negocjacji. Zgodnie z treścią art. 58 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wskazując termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, a następnie prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. W myśl natomiast przepisu art. 59 ust. 1 ustawy, po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. Z powyższego wynika, że wynik przeprowadzonych negocjacji znajduje odzwierciedlenie w brzmieniu zmodyfikowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W odpowiedzi na tę zmodyfikowaną specyfikację istotnych warunków zamówienia wykonawcy składają oferty, które wyrażają ostateczne, odpowiadające zmienionym przez zamawiającego - wynegocjowanym z udziałem wszystkich uczestniczących w negocjacjach wykonawców warunkom, zobowiązania do wykonania przedmiotu zamówienia.

Tak też ukształtowane zostało przedmiotowe postępowanie: wykonawcy po ustaleniu brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wynegocjowaniu wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia (specyfikacja istotnych warunków zamówienia z lipca 2010r.) składali oferty, które miały odpowiadać na wymagania opisane przez Zamawiającego

w wyniku negocjacji prowadzonych z czterema wykonawcami. Wymagania te i opis przedmiotu zamówienia uległy zmianie w stosunku do tych opisanych w pierwotnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stąd i wyjściowe stanowiska negocjacyjne wykonawców zawarte w ich ofertach wstępnych straciły na aktualności, przez co nie sposób przypisywać im znaczenia po przeprowadzonych negocjacjach i doprecyzowaniu lub uzupełnieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynika to wyraźnie z konstrukcji postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Dostrzeżenia wymaga w tym miejscu także inna istotna okoliczność – że doprecyzowanie i uzupełnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w wyniku negocjacji może uczynić całkowicie bezwartościowymi uprzednio złożone w ofercie wstępnej danego wykonawcy oświadczenia, a to z uwagi na wkomponowanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, całkowicie odmiennych rozwiązań znajdujących swe źródło w ofercie wstępnej lub propozycjach składanych w toku negocjacji przez innego, konkurencyjnego wykonawcę.

W analizowanym postępowaniu, po przeprowadzonych negocjacjach, wykonawcy składali oferty na formularzu, w którym poza podaniem ceny, za którą oferowali wykonanie zamówienia zawarto oświadczenia o treści: *„oferujemy realizację Zadania zgodnie z wymaganiami podanymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i oświadczamy, że Oferta jest opracowana dla kompletnego zakresu Zadania, tj. Dostaw, Robót Budowlanych i Usług, związanych z wykonaniem Przedmiotu Zamówienia. Oświadczamy, iż zapoznaliśmy się z wymaganiami zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) na udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na Modernizację i remont układu paleniskowego wraz z częścią ciśnieniową kotła bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A. Składając Ofertę Nr... akceptujemy opisane w SIWZ warunki postępowania o zamówienie publiczne sektorowe w trybie negocjacji z ogłoszeniem mające na celu wybór Wykonawcy Zadania i tym samym zobowiązujemy się do ich przestrzegania. Akceptujemy także w całości i bez żadnych zastrzeżeń zamieszczoną w SIWZ treść Wymagań Technicznych oraz Kontraktu wraz z załącznikami. Oświadczamy, że mamy pełne i niezaprzeczalne prawo do oferowania Modernizacji i remontu układu paleniskowego wraz z częścią ciśnieniową kotła bloków nr 7-12 na terenie Polski i ponosimy pełną odpowiedzialność w przypadku jakichkolwiek roszczeń ze strony osób trzecich.”*. Wykonawcy dalej składali oświadczenie o wartościach wymaganych przez Zamawiającego, istotnych wskaźników - Gwarantowanych Parametrów Technicznych. W odniesieniu do spornego w sprawie wskaźnika NOx, w ofercie wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH

w Oberhausen zawarto oświadczenie o treści: „*Oświadczamy, że oferujemy następujące wartości poniższych Gwarantowanych Parametrów Technicznych: (...) zawartość NOx w spalinach (warunki normalne, 6 % O₂, spaliny suche) w zakresie obciążeń 40-100 % WMT dla węgla gwarancyjnego (tabela 2.1 Załącznika Nr 1 do kontraktu) wynosi: 180mg/m³_r”.*

Z powyższego wynika, że dopiero oferta składana po negocjacjach i po dokonanej zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi zasadnicze oświadczenie ofertowe. Takiego charakteru nie sposób przypisywać ofercie wstępnej, jako złożonej jeszcze przed negocjacjami, dotyczącej przedmiotu zamówienia sprzed zmiany jego opisu, a zatem niejednokrotnie w tej mierze nieaktualnej, bowiem odnoszącej się do inaczej zdefiniowanego przedmiotu zamówienia. Podkreślenia dalej wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu, w warunkach gdy Zamawiający po negocjacjach wymagał złożenia jedynie oferty zawierającej wyraźnie wymienione w formularzu zobowiązania i w tej jedynie części dopuszczał swobodę wykonawców w zakresie zaoferowania wymienionych w tym formularzu wartości Gwarantowanych Parametrów Technicznych a także ceny, w pozostałym zakresie wykonawcy obowiązani są wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z jego opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym zakresie postępowanie o zamówienie realizuje się zatem poprzez przystąpienie do warunków określonych jednostronnie przez Zamawiającego), treść oferty stanowią wyłącznie zawarte w niej oświadczenia o zapewnieniu podanych parametrów i ceny. Nie można przyjmować, że treścią tej oferty objęte są jeszcze inne elementy, wyraźnie w niej nie wyszczególnione, jak przykładowo podawane w ofercie wstępnej rozwiązania dotyczące realizacji zamówienia i jego szczegółowego przedmiotu – odpowiadają one bowiem na wymagania postawione treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprzed negocjacji a następnie doprecyzowania i uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia, zaś przedmiot zamówienia po modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa właśnie ta specyfikacja. Oferta składana po negocjacjach nie jest bowiem kontynuacją czy dopełnieniem oferty wstępnej, ale składanym na nowo, w zmienionych warunkach (w odpowiedzi na zapisy doprecyzowanej i uzupełnionej specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oświadczeniem. Także Zamawiający nie zastrzegł, że jakkolwiek część oferty wstępnej będzie stanowić element oferty składanej po negocjacjach, czy w inny sposób wpływać na jej znaczenie, a przeciwnie: wyraźnie wprowadził regułę, że po negocjacjach i ukształtowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta wykonawcy obejmuje już tylko oświadczenia o akceptacji warunków i opisu przedmiotu zamówienia scharakteryzowanego

szczegółowo w tej specyfikacji, bez żadnej swobody wykonawców w tym zakresie, poza tą sferą, która dotyczyła zobowiązania się przez wykonawców do uzyskania wartości wskaźników stanowiących Gwarantowane Parametry Techniczne, i to także w granicach zakreślonych przez Zamawiającego.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt zarzutu podniesionego w odwołaniu, to jest zarzutu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania a także będącego jego konsekwencją zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji, dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący odnosi powyższy zarzut do zadeklarowanej w złożonej po przeprowadzonych negocjacjach ofercie wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH zawartości NO_x w spalinach (warunki normalne, 6 % O₂, spaliny suche) w zakresie obciążeń 40-100 % WMT dla węgla gwarancyjnego na poziomie 180 mg/m_N³. Z treści uzasadnienia odwołania oraz protestu wynika, że nieprawdziwość wskazanych informacji Odwołujący wywodzi z obiektywnej, w Jego ocenie, niemożności osiągnięcia wartości NO_x na poziomie 180 mg/m_N³ dla węgla gwarancyjnego, przy jednoczesnym dotrzymaniu pozostałych gwarantowanych parametrów technicznych, i w tej części zarzut powyższy nie podlega rozpatrzeniu, jako skierowany wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia a zatem na obecnym etapie postępowania – spóźniony. Żaden z zainteresowanych wykonawców nie zakwestionował tego postanowienia w drodze środków ochrony prawnej, dostrzeżenia także wymaga, że cała specyfikacja powstała jako wynik negocjacji z wykonawcami. W tych okolicznościach zarzut obiektywnej niewykonalności uzyskania wskaźnika emisji NO_x dla węgla gwarancyjnego na poziomie 180 mg/m_N³ lub niższej przy spełnieniu innych gwarantowanych parametrów technicznych nie znajduje uzasadnienia.

Podkreślenia dalej wymaga, że zarzut nieprawdziwych informacji podniesiony w proteście i odwołaniu, wskazujący na świadome i umyślne zobowiązanie się wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH do świadczenia, którego wykonawca ten nie jest w stanie wykonać, wymaga nie uprawdopodobnienia, czy zasiania wątpliwości, czy świadczenie to wykonawca jest w stanie wykonać, ale udowodnienia, że wykonawca wiedząc o niemożności uzyskania wskaźnika NO_x na poziomie 180 mg/m_N³ dla węgla gwarancyjnego podał taką wartość.

Przeprowadzone na rozprawie postępowanie dowodowe wykazało, że Odwołujący nie wykazał, że jest niemożliwym nie tylko uzyskanie wspomnianej wartości tego wskaźnika w ogóle, ale również w warunkach technologii takiej jak opisana w przedmiotowym

postępowaniu a zastosowanej wcześniej przez Babcock Borsig Service GmbH w ramach modernizacji kotła 3 i 4. Odwołujący w ramach argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu wykazywał na podstawie wcześniejszych realizacji modernizacji bloków nr 3 i 4 u Zamawiającego przez Babcock Borsig Service GmbH, że *wykonawca ten nie jest w stanie osiągnąć zadeklarowanego w ofercie wskaźnika NOx dla węgla gwarancyjnego na poziomie 180 mg/m³, skoro ma problemy z osiągnięciem choćby wskaźnika NOx na poziomie średniodobowym, co najmniej 200mg/m³, dla całego zakresu węgla kontraktowego.* Oceniając tak uzasadniony zarzut podania nieprawdziwych informacji w ofercie Babcock Borsig Service GmbH należy stwierdzić, że nie zasługuje on na uwzględnienie, z następujących powodów:

- wskazanie przez każdego z wykonawców, w tym także Babcock Borsig Service GmbH w ofercie wartości deklarowanych Gwarantowanych Parametrów Technicznych, w tym NOx, stanowiło nie oświadczenie wiedzy ale deklarację, oświadczenie kontraktowe o zaoferowaniu wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i w oparciu o uzasadnione posiadany doświadczeniem, wiedzą, testowanymi rozwiązaniami przekonanie na temat własnych zdolności i możliwości technicznych. Oświadczenie tego rodzaju stanowi zobowiązanie się wykonawcy do spełnienia określonego świadczenia (oświadczenie woli, w rozumieniu prawa cywilnego), a co za tym idzie, z natury posiada ograniczoną możliwość jego oceny w kategorii informacji nieprawdziwej. Oświadczenie to dotyczy bowiem zachowania wykonawcy w przyszłości a zatem trudno je traktować w kategorii informacji, rozumianej jako oświadczenie o obiektywnie istniejącym stanie rzeczy, rzeczywistości, która to informacja może podlegać ocenie w kategorii prawdziwości. Zobowiązanie to natomiast deklaracja wykonania opisanego świadczenia, zatem nie sposób go utożsamiać z podaniem informacji i przyrównywać do istniejącej rzeczywistości celem zweryfikowania z prawdą, wyjąwszy ewentualną kwestię zobowiązania się do świadczenia niemożliwego. Złożenie zatem takiego oświadczenia w dobrej wierze, na podstawie oszacowania z należytą starannością własnych możliwości, z uwzględnieniem znajomości przedmiotu oraz doświadczeń w realizacji podobnych przedsięwzięć, na bazie rozwijanych technologii i szczegółowych rozwiązań w ramach tych technologii nie prowadzi do uznania złożenia oświadczenia nieprawdziwego.

Skład orzekający Izby, wobec braku definicji legalnej w ustawie – Prawo zamówień publicznych pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołał się - odpowiednio - do wytycznych

dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (II CKN10095/99). W tym wyroku Sąd Najwyższy, stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Trudno zatem oświadczenie mające charakter wyraźnie zobowiązaniowy (w tym znaczeniu: oświadczenie woli) traktować jako informację o istniejącej rzeczywistości, utożsamianą w tym wypadku z oświadczeniem wiedzy.

Dodatkowo dostrzec należy, że wskazując na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich złożenie stanowi wyraz świadomego działania mającego na celu podanie nieprawdziwych informacji. Z takim działaniem nie można utożsamiać czy to działania w warunkach błędnego zrozumienia dokumentów opracowanych przez zamawiającego (specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia), czy – tak jak ma to miejsce w analizowanej sprawie - zobowiązania się do określonego świadczenia, którego możliwość wykonania jest w świetle aktualnej wiedzy technicznej, znajomości procesów zachodzących w przyrodzie realnie możliwa. Nie sposób w tej konkretnej sprawie przypisywać wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH takiego zamiaru, co przeprowadzone postępowanie jednoznacznie wykazało.

- przeprowadzone na rozprawie postępowanie dowodowe przekonuje, że Odwołujący nie wykazał, by w kontekście zakreślonych przez Zamawiającego gwarantowanych parametrów technicznych nie było możliwe osiągnięcie wskaźnika emisji NO_x w zakresie węgla gwarancyjnego na poziomie 180 mg/m³. Wyniki tego postępowania jak również dowody załączone do odwołania (prezentacja pracowników Zamawiającego na konferencji w dniach 25-27 listopada 2009r. w Szczyrku), przeprowadzone na rozprawie (złożone przez

Odwołującego materiały z konferencji w dniach 25-27 listopada 2009r. w Szczyrku - M. K., K.M. – *Modernizacja bloku nr 3 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A. – wyzwania i efekty*; złożone przez Przystępującego: opinia prywatna prof. dr. inż. A. K., Sprawozdania z pomiarów gwarancyjnych kotła nr 3 w PGE Elektrownia Bełchatów S.A. z sierpnia 2010r., Sprawozdania z pomiarów gwarancyjnych bloku nr 4 po kompleksowej modernizacji w PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA Oddział Bełchatów - Pomiarzy kotła BB 1150 z września 2010r., wyniki własnych pomiarów NOx w bloku nr 4) wskazują, że przy zastosowaniu technologii takiej jak wymagana w tym postępowaniu, z uwzględnieniem szczegółowych rozwiązań w ramach tej technologii zmierzających do optymalizacji osiągniętych wyników, nie jest niemożliwe osiągnięcie NOx na poziomie 180 mg/m³ w zakresie węgla kontraktowego (a dla tego węgla wskaźnik przyjmuje się zwykle na wyższym poziomie). Wskaźnik ten, w konkretnych warunkach udawało się już osiągać dla bloku nr 3 i 4 dla węgla kontraktowego jak i gwarancyjnego – co wynika z przedłożonych przez Odwołującego materiałów z konferencji w listopadzie 2009r.: na rysunku 6 zawartym we wskazanej publikacji (str. 55) zaprezentowano dane z września 2009 to jest po czynnościach naprawczych i wskazano emisję NOx na poziomie 200 mg/m³. Również załączona do odwołania prezentacja wyników osiągniętych w następstwie modernizacji bloku nr 3 w ramach kontraktu z Babcock Borsig Service GmbH potwierdza ten wniosek – w tabelarycznym ujęciu *Wyników pomiarów gwarancyjnych* jakkolwiek podano co do zasady niespełnienie zawartości NOx w spalinach w zakresie 40-100 % WMT dla węgla gwarancyjnego i dla całego zakresu węgla kontraktowego (wymaganego poziomu 190 mg/m³ dla węgla gwarancyjnego), wskazując że wynosi on 200 mg/m³, to podano także że *wartość poniżej gwarantowanej wystąpiła tylko dla 3 przypadków na 17 pomiarów*, podając zarazem że uzyskiwane wartości z pomiarów z uwzględnieniem odchyłki (akceptowalnego błędu pomiaru) mieściły się w przedziale 162 - 262. Z dowodu przeprowadzonego z inicjatywy Przystępującego, stanowiącego sprawozdanie z pomiarów gwarancyjnych kotła nr 3 w PGE Elektrownia Bełchatów S.A. z sierpnia 2010r. (str. 19) wynika, że w odniesieniu do tego kontraktu gwarancja zawartości NOx w spalinach (warunki normalne, 6 % O₂, spaliny suche) w zakresie 40-100 WMT dla węgla gwarancyjnego została spełniona, dla obciążenia kotła 100 % WMT z uwzględnieniem spalania węgla różnego od gwarancyjnego oraz z uwzględnieniem odchyłki pomiarowej; podobnie jak gwarancja dla węgla kontraktowego. Ze złożonego przez Przystępującego sprawozdania z pomiarów gwarancyjnych bloku nr 4 po kompleksowej modernizacji w PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA Oddział

Bełchatów - Pomiary kotła BB 1150 z września 2010r. (str. 29-30) wynika, że gwarancja zawartości NOx w spalinach (warunki normalne, 6 % O₂, spaliny suche) w zakresie 40-100 WMT dla węgla gwarancyjnego została spełniona; z zastrzeżeniem, że dla obciążenia 100 % WMT fakt spalania węgla różniącego się od węgla gwarancyjnego, a spełniającego warunki węgla kontraktowego można uznać, że spełniono gwarancję jak dla węgla kontraktowego. Zamawiający na rozprawie także potwierdził, że kontrakt dotyczący modernizacji bloku nr 3 został rozliczony, z tym zastrzeżeniem, że niektórych wymaganych parametrów wykonawca nie osiągnął, w związku z czym naliczono kary umowne; innych nie udało się na moment odbioru zmierzyć z uwagi na brak węgla gwarancyjnego w danym momencie (wobec czego przyjęto wartości dla całego zakresu węgla kontraktowego), co jest równoznaczne z uznaniem spełnienia gwarantowanych parametrów technicznych dla kontraktu dotyczącego bloku nr 3.

Z tego względu nie jest poprawne wnioskowanie na podstawie wyników uzyskanych przy modernizacji bloków nr 3 i 4 u Zamawiającego, że przy zastosowaniu technologii tego samego rodzaju, co wymagana w tym postępowaniu, obiektywnie niemożliwe jest uzyskanie wskaźnika NOx na poziomie zadeklarowanym w ofercie Babcock Borsig Service GmbH, szczególnie z uwzględnieniem dokonywanych w jej ramach usprawnień i zmiany szczegółowych rozwiązań.

Odwołujący opiera swoje stanowisko na założeniu, że w bloku nr 3 i 4 zastosowano identyczne rozwiązania jak te, które oferuje Przystępujący. Dostrzeżenia jednak wymaga, że zasadniczy sposób wykonania przedmiotu zamówienia, jego technologię narzucił Zamawiający jednostronnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej w wyniku negocjacji z wykonawcami. Ustalono w sprawie, że w bloku nr 3 i 4 u Zamawiającego zastosowano technologię zbliżoną do tej jakiej wymaga Zamawiający, tyle że szczegółowe rozwiązania pozostawiono swobodzie wykonawców. Wyniki postępowania dowodowego na rozprawie pozwalają wnioskować, że jakkolwiek technologia zastosowana przy modernizacji bloków nr 3 i 4 jest tego samego rodzaju, to jednak specyfikacja istotnych warunków zamówienia w tym postępowaniu zakłada pewne odmienności, wynikające między innymi z doświadczeń uzyskanych w trakcie prac modernizacyjnych prowadzonych w odniesieniu do kotła nr 3 i 4, z których to prac wnioski i pomysły usprawnień wkomponowano w przedmiotowe postępowanie. Zamawiający wykazał osiągnięcie przez wykonawcę wyniku NOx na poziomie wymaganym dla kontraktu dotyczącego tych bloków tj. nie przekraczającego 200 mg/m_N³ dla całego zakresu węgla kontraktowego oraz 190 mg/m_N³ dla węgla gwarancyjnego. Ustalono także, że uzyskanie niższego wskaźnika NOx jest

trudniejsze dla całego zakresu węgla kontraktowego w porównaniu z węglem gwarancyjnym – ten ostatni pozwala osiągnąć zwykle lepsze wyniki, ponieważ jest to węgiel najbardziej prawdopodobny do wystąpienia, zatem przyjmuje się w tej mierze wyższe wymagania niż dla węgla kontraktowego, bowiem węgiel kontraktowy ma większe prawdopodobieństwo odstępstw od jego wartości, podczas gdy gwarancyjny ma stałą wartość charakterystycznych parametrów w tym typowej wartości opałowej wynoszącej 7750 kJ/kg. Również Odwołujący nie zaprzeczał, że w tych blokach osiągnano jednostkowo wyniki emisji NOx poniżej 190 mg/m_N³ w zakresie węgla kontraktowego i gwarancyjnego, co potwierdzają także materiały z konferencji w Szczyrku oraz sprawozdania z pomiarów w tych blokach. Zasadnym jest zatem wniosek, że nie jest niemożliwe osiągnięcie wskazanego wyniku emisji dla zmodernizowanych bloków nr 3 i 4. Okoliczność, że dotychczasowe analizy i wyniki pomiarów dotyczące bloków nr 3 i 4 nie dają w każdym wypadku takiej wartości, nie przesądza jeszcze o niemożności osiągnięcia redukcji NOx do poziomu zadeklarowanego przez Babcock Borsig Service GmbH w tym postępowaniu: ustalono, że zastosowane w bloku nr 3 i 4 technologie są zbliżone, bazują na tych samych rozwiązaniach i osiągnięciach otrzymanych w wyniku prac modernizacyjnych, są następstwem dochodzenia do optymalnego skonfigurowania i jak najbardziej efektywnego zestawienia poszczególnych urządzeń i parametrów ich pracy. Zamawiający wykazał, że prace modernizacyjne w bloku nr 3 i 4 miały charakter pewnej ewolucji rozwiązań, stopniowego dochodzenia do uzyskania wymaganych wyników, w tym także tych, dotyczących postawionej tam normy maksymalnej emisji NOx. Ostatecznie rozliczono kontrakt dotyczący bloku nr 3 – Zamawiający przyznał, że kilku parametrów nie spełniono, skorzystano w tym zakresie z zapisów kontraktu naliczając kary umowne, przy czym nie udało się ustalić emisji dla tlenu azotu (NOx) dla węgla gwarancyjnego, bowiem na moment pomiarów nie udało się zakupić tego rodzaju węgla, wobec czego postanowiono dla tego pomiaru uznać wartość ustaloną dla węgla kontraktowego, którą osiągnięto na poziomie poniżej 200 mg/m_N³.

Powyższe zasadnie pozwalało wnioskować, że zaoferowanie w tym postępowaniu przez Babcock Borsig Service GmbH redukcji NOx do poziomu nie przekraczającego 180 mg/m_N³ w zakresie węgla gwarancyjnego, w świetle wcześniejszych doświadczeń w bloku nr 3 i 4, gdzie uzyskiwano już wynik na tym poziomie nie są niemożliwe, a przez to, że zobowiązanie w ofercie tego wykonawcy nie daje podstaw do rozważania go w kategorii podania informacji nieprawdziwych, w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dostrzec także należy, co zostało wykazane na rozprawie, że

wykonawca Babcock Borsig Service GmbH w tym postępowaniu przewidział wprowadzenie pewnych rozwiązań odmiennych od tych zastosowanych w ramach modernizacji bloku nr 3 i 4, które mają na celu optymalizację osiągniętych tam wyników. W okolicznościach sprawy zasadnym zatem jawi się wniosek, iż w ramach modernizacji bloków 3 i 4 uzyskano pewne doświadczenia i spostrzeżenia, opracowano cząstkowe rozwiązania, których zastosowanie prowadzi do uzyskania coraz lepszych wyników w zakresie emisji NOx. Wyniki dotychczasowych pomiarów potwierdzają uzyskiwanie wskaźnika na poziomie wskaźnika emisji NOx dla węgla gwarancyjnego na poziomie 190 mg/m_N^3 lub niższym, wskazują także na progresję w tym zakresie, w związku z dopracowywaniem przez wykonawcę zastosowanych rozwiązań (podkreślane na rozprawie przez Zamawiającego „czynności naprawcze” mające zapewnić spełnienie wymaganych parametrów - zastosowanie optymalizacji powietrza, odpowiedniej budowy palnika, zoptymalizowanie rusztu dopalającego, dokładne przeliczenie całego procesu). Powyższe czynności z jednej strony uprawdopodobniają wypełnienie przez tego wykonawcę zadeklarowanego w ofercie w tym postępowaniu wskaźnika emisji NOx dla węgla gwarancyjnego na poziomie 180 mg/m_N^3 lub niższym, co wyłącza stawianie zarzutu podania nieprawdziwych informacji (te bowiem muszą być niewątpliwie stwierdzone, dawać się zweryfikować w sposób wiarygodny poprzez porównanie z pewnym wzorcem istniejącym w rzeczywistości), z drugiej zaś ograniczają możliwość miarodajnego porównywania sposobu dokonania modernizacji bloku 3 i 4 do prac jakie dopiero będą podjęte w odniesieniu do kotłów 7-12 przez Babcock Borsig Service GmbH w wykonaniu kontraktu w tym postępowaniu i wnioskowania na podstawie tego porównania, że niepodobieństwem jest uzyskanie redukcji spornego wskaźnika NOx do poziomu 180 mg/m_N^3 lub niższego. Jak podkreślono na wstępie uzasadnienia, wobec charakteru postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, a także takiego ukształtowania tego konkretnego postępowania przez Zamawiającego, w tym niewymagania na etapie oferty, będącej odpowiedzią na zmodyfikowaną w wyniku przeprowadzonych negocjacji specyfikację istotnych warunków ogłoszenia, wykazania sposobu osiągnięcia deklarowanych parametrów (w tym spornego w sprawie wskaźnika NOx), a polegania na zobowiązaniu się wykonawcy do ich osiągnięcia, uznać należało że ocenie Zamawiającego podlega jedynie to zobowiązanie się wykonawcy do uzyskania wskaźnika na poziomie zadeklarowanym (180 mg/m_N^3 w warunkach szczegółowo opisanych w SIWZ i ofercie). Powyższe oznacza zaś, że zobowiązanie się do świadczenia na przyszłość, co trzeba podkreślić – świadczenia, którego wykonanie będzie wynikiem szeregu prac o niewątpliwie skomplikowanym

charakterze z punktu widzenia techniki, co także ujawniło przeprowadzone postępowanie w sprawie, nie może być wprost i bezpośrednio przyrównywane do podobnych realizacji dokonanych przez wykonawcę w przeszłości (mowa tu o modernizacji bloków nr 3 i 4). Jak wskazano, prace, do których wykonania zobowiązuje się wykonawca w tym postępowaniu, jakkolwiek niewątpliwie bazują na wcześniejszych doświadczeniach, pewnych przetestowanych już i testowanych nadal rozwiązaniach, będą wynikiem zastosowania zmienionych rozwiązań, których w tym momencie nie sposób przesądzać, skoro zostaną one dopiero wprowadzone w blokach nr 7-12. Tym bardziej nieuprawnione w tych okolicznościach wydaje się przesądzanie na podstawie wcześniej wykonanych prac (modernizacji bloków nr 3 i 4) o niemożności osiągnięcia zadeklarowanego wskaźnika NOx w tym postępowaniu, a to wobec zarówno zasygnalizowanej przez wykonawcę intencji zastosowania zmodyfikowanych szczegółowych rozwiązań technologicznych – z jednej strony, z drugiej zaś – w związku ze zmianą wartości wymaganych gwarantowanych parametrów technicznych w tym postępowaniu w stosunku do postępowań, które dotyczyły bloków nr 3 i 4. Powyższe przesądza o niemożności bezpośredniego przenoszenia wniosków w zakresie osiągnięcia wymaganych parametrów w odniesieniu do bloków nr 3 i 4 na niniejsze postępowanie, w taki sposób, że przyjęte zostanie założenie, że w tym postępowaniu wykonawca Babcock Borsig Service GmbH zastosuje identyczne rozwiązania jak w odniesieniu do bloków nr 3 i 4. Zastosowanie tej samej technologii, przy zmienionych szczegółowych rozwiązaniach, w sposób uwzględniający wcześniejsze doświadczenia i wnioski z modernizacji bloków nr 3 i 4, pozwalające poprawić uzyskiwane wyniki, czyni niemiernym bezpośrednie przyrównywanie obu tych postępowań i zastosowanych tam rozwiązań, a przede wszystkim stawianie twierdzenia o niemożliwości spełnienia zadeklarowanej wartości wskaźnika NOx, co Odwołujący zdaje się utożsamiać ze złożeniem nieprawdziwej informacji w postępowaniu. Nie sposób bowiem zobowiązać się wykonawcy do określonego świadczenia w przyszłości (tutaj: osiągnięcia zadeklarowanego wskaźnika NOx na poziomie 180 mg/m_N^3 dla węgla gwarancyjnego) utożsamiać z podaniem nieprawdziwych informacji, na podstawie tylko wcześniejszych, co istotne, nieporównywalnych w wystarczającym stopniu modernizacji dokonanych w innych blokach w odniesieniu do innych szczegółowych wymagań.

Nie podzielono w tej mierze stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym za niemożnością uzyskania spornego wskaźnika na poziomie 180 mg/m_N^3 lub niższym przemawia zmiana przez Zamawiającego w tym postępowaniu w stosunku do postępowań,

których przedmiotem był blok nr 3 i 4 innych gwarantowanych parametrów technicznych, polegająca w istocie na ich zastrzeniu, co w ocenie Odwołującego ma jeszcze utrudnić spełnienie wskaźnika dotyczącego NOx. Bezsprzeczne było – obie strony bowiem powyższą okoliczność podkreślały, wywodząc jednak z niej odmienne wnioski - że Zamawiający w analizowanym postępowaniu na modernizację bloków nr 7-12 zmienił wartości wymaganych gwarantowanych parametrów technicznych w stosunku do tych, które należało spełnić w odniesieniu do modernizacji bloku nr 3. Uznano, że Odwołujący nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że parametry te, zmienione w stosunku do tych samych kategorii poprzez zmianę wymaganych ich wartości w stosunku do wymaganych co do bloku nr 3 i 4 wpływają na wskaźnik NOx w ten sposób, że w tym postępowaniu trudniej je spełnić aniżeli w poprzednich postępowaniach. Zamawiający podawał, że wskazane parametry uległy zmianie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ostatecznej w stosunku do pierwotnej – stanowiącej podstawę do składania ofert wstępnych i negocjacji między innymi po to, by ułatwić sprostanie spełnieniu wskaźnika dotyczącego NOx. Odwołujący postulował, że skutkiem tej zmiany jest podwyższenie skali trudności w spełnieniu wskaźnika NOx. Wobec niewykazania tej tezy przez Odwołującego, abstrakcyjnej, jako że dotyczącej nie konkretnych rozwiązań, ale samego tylko związku zmiany konkretnych wymaganych parametrów z redukcją NOx, a zarazem przy przekonującej argumentacji Zamawiającego oraz Przystępującego na rozprawie uznano, że zmiana ta nie utrudnia spełnienia wskaźnika NOx. Istotne w tym zakresie wydaje się utożsamienie podkreślonej przez Odwołującego niemożności osiągnięcia wskaźnika NOx na poziomie poniżej 180 mg/m_N^3 dla węgla gwarancyjnego z własnymi możliwościami i rozwiązaniami – Odwołujący na rozprawie wywodząc, iż zmienione warunki (wartości gwarantowanych parametrów technicznych) utrudniają osiągnięcie spornego wskaźnika NOx odnosił powyższe wyraźnie do własnej sytuacji podając, że *w rozwiązaniu technicznym oferowanym przez Odwołującego, modernizacja spirali nawet pogarsza emisję NOx; Wszystko zależy od rozwiązania technicznego, jakie zaproponuje dana firma.* Trafnie zatem dostrzegł Odwołujący, że osiągnięcie takich lub innych wartości Gwarantowanych Parametrów Technicznych (a zatem i NOx) jest pochodną indywidualnych rozwiązań danego wykonawcy, dedykowanych dla konkretnego zadania, stąd wnioskowanie zarówno na podstawie innych doświadczeń (modernizacji bloków nr 3 i 4), treści oferty wstępnej czy wreszcie tego, że inny wykonawca nie jest w stanie osiągnąć takich wyników z zastosowaniem oferowanych przez siebie

rozwiązań, o niemożności sprostania osiągnięciu wskaźnika NOx na poziomie 180 mg/m_N³ dla węgla gwarancyjnego jest nieuprawnione.

Powyższe argumenty stanowiły o nieuznaniu zarzutu podania w ofercie wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH w Oberhausen nieprawdziwych informacji dotyczących zaoferowania wskaźnika NOx na poziomie 180 mg/m_N³ dla węgla gwarancyjnego.

Powyższe okoliczności powodowały także, że oddalono wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów ze świadków – tezy, które miałyby być wykazywane za pomocą tych dowodów znalazły odzwierciedlenie w złożonych dokumentach: przesłuchanie pracownika firmy pomiarowej dokonującej pomiarów NOx w bloku nr 3 i 4 stało się zbędne wobec złożenia pełnych sprawozdań pomiarów w tych blokach; dowody z przesłuchania świadków w osobach pracowników Zamawiającego skonsumowane zostały poprzez złożone w tym zakresie sprawozdania z pomiarów, przy czym wniosek o przesłuchanie świadka – pracownika Zamawiającego, który jest zarazem współautorem opracowania zaprezentowanego na konferencji branżowej w Szczyrku w dniach 25-27 listopada 2009r. o tyle nie miał znaczenia, że pełnomocnikiem Zamawiającego, wypowiadającym się w sferze techniki stosowanej przy modernizacji bloków był drugi współautor tej publikacji. Z opisanych wyżej względów, to jest wobec faktu, że w kontekście zmienionych wymaganych parametrów w postępowaniach co do bloków nr 3 i 4 oraz wymaganych w tym postępowaniu, nieuprawnione jest wnioskowanie na podstawie prac wykonanych w blokach nr 3 i 4, o szczegółowych rozwiązaniach jakie planuje zastosować wykonawca Babcock Borsig Service GmbH w Oberhausen w wykonaniu kontraktu w ramach tego zamówienia i na ich podstawie przesądzenie o niemożliwości spełnienia zadeklarowanego wskaźnika, wnioski dowodowe w tym zakresie nie nadawały się do wykazania okoliczności mającej znaczenie dla sprawy i spornej w tej sprawie, to jest niemożności uzyskania NOx na poziomie 180 mg/m_N³ dla węgla gwarancyjnego.

Oddalono także wniosek dowodowy zawarty w odwołaniu o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu energetyki na okoliczność: *czy mając na uwadze dotychczasowe rozwiązania techniczne, zaprezentowane i przeprowadzone przez BABCOCK przy modernizacji kotła 3 u Zamawiającego i aktualnie zaoferowane rozwiązania techniczne zawarte w zastrzeżonej ofercie technicznej BABCOCK złożonej w postępowaniu o zamówienie publiczne, różnią się na tyle, iż umożliwiają zasadnicze obniżenie Wartości NOx z 200mg/m³, i realnie osiągnięcie wartości NOx na poziomie = 180mg/m³, w spalinach (6%O₂spaliny*

suche) w zakresie obciążeń 40-100% WMT dla węgla gwarancyjnego; mając na uwadze wymagania Zamawiającego do uzyskania pozostałych gwarantowanych parametrów technicznych określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i Ofercie BABCOCK, oraz właściwości kotłów 7-12 i instalacji w nich funkcjonujących. Tak postawiona teza dowodowa, w kontekście ustaleń dokonanych w postępowaniu, nie pozwalała uznać wskazanego wniosku za przydatny i mający znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a to z następujących powodów:

- po pierwsze – jak wskazano na wstępie uzasadnienia, oferta wstępna ma znaczenie przede wszystkim wstępnego stanowiska negocjacyjnego, może nawet znacząco odbiegać od wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia postawionych w postępowaniu – jeśli tylko zamawiający w ostatecznie opracowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokona takiego doprecyzowania i uszczegółowienia opisu tego przedmiotu, że oferta wstępna będzie w znaczącym stopniu nie odpowiadać temu przedmiotowi (np. w wyniku skorzystania z konkurencyjnych rozwiązań opisanych w ofercie innego wykonawcy, czy wynikłych z przeprowadzonych negocjacji), stąd przyrównywanie zaoferowanego przez Babcock Borsig Service GmbH w ofercie wskaźnika NO_x do zawartości merytorycznej oferty wstępnej (a w niej to zawarte zostały zastrzeżone informacje techniczne, o których mowa we wniosku dowodowym) jest niemiarodajne, skoro uzyskanie tego wskaźnika ma nastąpić w wyniku zastosowania niezaprezentowanych wyraźnie rozwiązań odpowiadających na wymagania zmodyfikowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- podobnie nieuprawnione jest wnioskowanie o niemożliwości uzyskania wskaźnika NO_x na poziomie zaoferowanym przez Babcock Borsig Service GmbH na podstawie rozwiązań zastosowanych w bloku 3 i 4 – jak wykazało postępowanie, rozwiązania i wymagania Zamawiającego postawione w tamtym postępowaniu nie są porównywalne w wystarczającym stopniu do tych, z jakimi mamy do czynienia w rozpatrywanej sprawie, co czyni wątpliwym wnioskowanie w sposób poważny o podaniu nieprawdziwych informacji na podstawie przyrównania rozwiązań w bloku 3 i 4 z zaoferowanymi w tym postępowaniu;

- wykazanie złożenia informacji nieprawdziwych, w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o istniejącej rzeczywistości, co wobec oparcia – zgodnie z wnioskiem dowodowym zawartym w odwołaniu – konkluzji opinii o treść oferty wstępnej oraz wcześniej dokonane modernizacje w blokach nr 3 i 4 mogłoby

zmierzać co najwyżej do uprawdopodobnienia pewnych wniosków dotyczących tylko opisanych w ofercie wstępnej lub zastosowanych w uprzednio w blokach 3 i 4 rozwiązań, które jednak nie muszą być tożsamymi z tymi, które wykonawca zobowiązuje się wykonać w ramach modernizacji bloków 7-12. Wobec zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w stosunku do tej, w odpowiedzi na którą składano ofertę wstępną, nieidentycznych wymagań w odniesieniu do bloków 3 i 4 oraz będących przedmiotem niniejszego postępowania, powyższe wnioskowanie mogłoby stanowić jedynie nieuprawnioną spekulację co do tego, co wykonawca wykona w tym postępowaniu. Wobec tak postawionej tezy dowodowej, uznano wskazany dowód za nieprzydatny dla stwierdzenia istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, gdyż za jego pomocą, poprzez porównanie metodologii modernizacji bloków nr 3 i 4 oraz treści oferty wstępnej nie można ustalić podania nieprawdziwych informacji stanowiących zobowiązanie się do osiągnięcia w tym postępowaniu NO_x na poziomie niewykonalnym przez Babcock Borsig Service GmbH w Oberhausen. Przeprowadzenie tego dowodu w sposób pozytywny dla wnioskodawcy mogłoby prowadzić co najwyżej do wykazania, że na bazie rozwiązań zawartych w ofercie wstępnej nie jest możliwe osiągnięcie wskaźnika NO_x na poziomie 180 mg/m³ dla węgla gwarancyjnego, albo że takiego poziomu nie można uzyskać w wyniku rozwiązań zastosowanych przy modernizacji dokonanej w blokach 3 i 4 PGE Bełchatów. Nawet wykazanie powyższego nie mogłoby jednak stanowić podstawy do uznania, że wykonawca w przedmiotowym postępowaniu podał nieprawdziwe informacje, bowiem nie sposób przesądzać, że dokładnie takie same rozwiązania zostaną w tym wypadku zastosowane. Ustalenia te są zatem neutralnymi dla tego postępowania, nie pozwalają uznać, że w ramach modernizacji bloków 7-12 wykonawca zastosuje takie same mechanizmy jakie zastosowano co do bloku 3 i 4, lub jakie opisywał w zastrzeżonej części technicznej oferty wstępnej. W pozostałym zaś zakresie uznano, że ustalenie kwestii spornych, istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy nie wymaga wiadomości specjalnych: strony oraz uczestnik postępowania reprezentowane są przez osoby posiadające odpowiednią, stosowną do przedmiotu sporu wiedzę. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są w swoim interesie wykazać okoliczności mające znaczenie dla wykazania słuszności prezentowanego przez nie stanowiska. W tej konfiguracji nie jest niezbędne zasięgnięcie opinii biegłego w celu uzyskania wiadomości specjalnych, nie pozostających w dyspozycji stron oraz składu orzekającego - skoro strony posiadanie wskazanej wiedzy deklarują, ich rzeczą jest jej

zaprezentowanie w ramach uzasadnienia własnych stanowisk, w taki sposób by przekonać o trafności prezentowanego stanowiska. Postępowanie o zamówienie jest postępowaniem prowadzonym między profesjonalistami, i to nie tylko w znaczeniu zorganizowanego sposobu prowadzenia działalności – co do zasady jako przedsiębiorca, ale przede wszystkim profesjonalistami w zakresie oferowanego przedmiotu i związanej z nim materii. Skoro Zamawiający dokonuje w trybie zamówienia publicznego sektorowego zakupu, to należy uznać że posiada dostateczną wiedzę i rozeznanie w zakresie przedmiotu tego zakupu, podobnie jak wykonawcy, którzy po negocjacjach w odpowiedzi oferują odpowiednie, wymagane przez Zamawiającego dostawy i usługi. Tym samym potrzeba zasięgnięcia wiadomości specjalnych jawi się jako wyjątek od zasady doskonałej znajomości przez uczestników postępowania przedmiotu zamówienia oraz kwestii technicznych i funkcjonalnych z nim związanych. Opisane wyżej okoliczności przekonują zaś, że oświadczenie o zobowiązaniu się do osiągnięcia wskaźnika NOx na poziomie 180 mg/m_N^3 w zakresie węgla gwarancyjnego może odnosić się wyłącznie do oferty ostatecznie złożonej w odpowiedzi na zmodyfikowaną specyfikację istotnych warunków zamówienia i pozostaje bez takiego związku z wcześniejszymi modernizacjami w kotłach nr 3 i 4, który by dawał miarodajne podstawy do uznania niemożliwości osiągnięcia wskaźnika w tym postępowaniu.

Biorąc zatem pod uwagę okoliczność, że zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych postawiony został w odniesieniu nie do informacji o obiektywnie istniejącym stanie rzeczy ale wobec zobowiązania się wykonawcy do osiągnięcia w ramach prac modernizacyjnych określonego wskaźnika NOx, zawartego w ofercie, a także że sprostanie zobowiązaniu się do uzyskania spornego wskaźnika w świetle przeprowadzonego postępowania jawi się obiektywnie możliwym, brak jest podstaw do przypisywania wykonawcy Babcock Borsig Service GmbH w Oberhausen zamiaru złożenia takich informacji, co czyni postawiony zarzut nieuzasadnionym.

Wobec powyższego, nie potwierdziły się także i dalsze, będące konsekwencją zasadniczego zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 3, oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do treści art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

.....