

Sygn. akt: KIO 1297/17
KIO 1301/17

WYROK
z dnia 11 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Aneta Mlącka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 26 czerwca 2017 r. przez Wykonawcę „**H.-E.**” **Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w S. przy ul. (...) (sygn. akt KIO 1297/17);

B) w dniu 26 czerwca 2017 r. przez Wykonawcę **E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w I. przy ul. (...) (sygn. akt KIO 1301/17);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Grupową Oczyszczalnię Ścieków w Ł. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Ł. przy ul. (...)

przy udziale

Wykonawcy **E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w I. przy ul. (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

Wykonawcy **C. E. S. C. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w K. przy ul. (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1297/17 i 1301/17 po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **H.-E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w S. przy ul. (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1301/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

A. Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawcę „H.-E.” Sp. z o.o. z siedzibą w S. (sygn. akt KIO 1297/17);

B. Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawcę E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w I. (sygn. akt KIO 1301/17);

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Wykonawców: H.-E. Sp. z o.o. w sprawie odwołania o sygn. akt KIO 1297/17 i E. Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt KIO 1301/17 i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40.000 zł 00 gr.** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców: H.-E. Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1297/17), E. Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1301/17), tytułem wpisów od odwołań;

2.2 zasądza od Wykonawców: H.-E. Sp. z o.o. (w sprawie o sygn. akt KIO 1297/17), E. Sp. z o.o. (w sprawie o sygn. akt KIO 1301/17) na rzecz Zamawiającego - **Grupowej Oczyszczalni Ścieków w Ł. Sp. z o.o.** z siedzibą w Ł. kwotę **7.200 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów stron poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, w tym:

2.2.1 od Wykonawcy H.-E. Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1297/17) kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

2.2.2 od Wykonawcy E. Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1301/17) kwotę **3.600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Grupową Oczyszczalnię Ścieków w Ł. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., w trybie przetargu nieograniczonego na *modernizację Elektrociepłowni w Grupowej Oczyszczalni Ścieków Łódzkiej Aglomeracji Miejskiej* (nr postępowania: E/001/17), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2017/S 063-117744 w dniu 30 marca 2017 r., wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zostały wniesione w dniu 26 czerwca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania: Wykonawcy „H.-E.” Sp. z o.o. z siedzibą w S. (sygn. akt KIO 1297/17), Wykonawcy E. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł. (sygn. akt KIO 1301/17).

O czynnościach Zamawiającego Wykonawcy zostali poinformowani w dniu 16 czerwca 2017 r. w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

I. Sygn. akt KIO 1297/17

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1297/17 Odwołujący – H.-E. Sp. z o.o. (dalej jako Odwołujący H.) zarzucił Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty C. E. S. Sp. z o.o. („C.”), z naruszeniem przepisów ustawy tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieodrzućenie oferty C. i w konsekwencji dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej pomimo tego, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzecznym z dobrymi obyczajami i naruszającym interes innych przedsiębiorców (w tym Odwołującego H.) zaoferowaniu cen poszczególnych składowych zamówienia podlegających ocenie kryterialnej w sposób nakierowany wyłącznie na uzyskanie większej liczby punktów w rankingu wykonawców i uzyskanie nieuzasadnionej przewagi nad konkurentami;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty C. i w konsekwencji dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej pomimo tego, że wykonawca przedstawił ofertę nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie harmonogramu rzeczowo-finansowego serwisu agregatów (zał. C do formularza ofertowego) w sposób nieuzasadniony grupując czynności serwisowe na poszczególnych etapach, co wbrew wymogom SIWZ uniemożliwia Zamawiającemu na etapie realizacji zamówienia ustalenie dokładnego kosztu serwisu na danym etapie,

a w konsekwencji

3. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty C. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy podlegała ona odrzuceniu w uwagi na ww. okoliczności.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzenie ponownie czynności badania i oceny oraz odrzucenie oferty C..

Podstawa faktyczna obu zarzutów dotyczy treści oferty wybranej C. w zakresie stanowiącym podstawę oceny na podstawie ustalonego kryterium ceny brutto za zakup i dostarczenie dwóch nowych agregatów kogeneracyjnych oraz za wykonanie dokumentacji projektowej (waga 50%). Zamawiający w postępowaniu wprowadził dodatkowe kryteria oceny, tj. koszt modernizacji budynku elektrociepłowni (waga 20%), koszt eksploatacji dwóch nowych agregatów kogeneracyjnych (waga 10%), moc elektryczna agregatu (waga 10%), deklarowana ilość mth pracy każdego agregatu (waga 10%).

Spośród siedmiu złożonych ofert Zamawiający poddał ocenie pięć (z pominięciem ofert odrzuconych), przyznając punkty w poszczególnych kryteriach. Kluczowym okazało się kryterium ceny dostawy dwóch agregatów prądotwórczych, w którym to obszarze wykonawcy najsilniej konkurowali. Za najkorzystniejszą uznana została oferta C., w której wykonawca zaoferować miał skrajnie nierynkowe warunki realizacji zamówienia tylko i wyłącznie po to, aby wykorzystując mechanizm oceny sztucznie zawyżyć swoją punktację i uzyskać pierwsze miejsce w rankingu wykonawców.

Wykonawca zaoferował dostawę dwóch agregatów prądotwórczych za cenę 3.077.000 zł, dalece odbiegającą od cen rynkowych. Podobnie skrajnie nierynkowym zachowaniem jest zaoferowanie modernizacji elektrociepłowni za cenę 3 274.604,40 zł., która jest wielokrotnie wyższa, niż faktyczna wartość prac jakie przy ww. modernizacji należy wykonać. Podobnie, niezwykle istotne wątpliwości budzi cena za serwis agregatów (kryterium nr 3 – 1.312.180,58 zł.), która w porównaniu z innymi ofertami i realiami rynkowymi jest bardzo wygórowana.

Wskazane okoliczności prowadzą do wniosku, iż C. dokonała w ofercie „inżynierii finansowej” nakierowanej wyłącznie na uzyskanie pierwszej pozycji w rankingu wykonawców. Składowe ceny za dostawę dwóch agregatów prądotwórczych przeniesione zostały sztucznie do innych pozycji. W konsekwencji, w najwyżej punktowanym obszarze oferta uzyskała nierealnie niską cenę, wyraźnie wygrywając z konkurentami. Jednocześnie, słabsza pozycja C., po przeniesieniu części wynagrodzenia za agregaty do pozostałych dwóch kryteriów cenowo-kosztowych, nie wpływała na zmianę pozycji w rankingu ofert. W efekcie, jako najkorzystniejsza uznana została oferta droższa, aż o ok. 1,4 mln zł od oferty Odwołującego, która prezentuje podobny poziom jakości.

Złożenie oferty C. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp. Odwołujący wywody prawne oparł na orzecznictwie KIO i Sądów Powszechnych dotyczącym czynu nieuczciwej konkurencji, do jakiego może dojść w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mieszczącego się w klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 uznk – jako działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Rynek krajowy zespołów kogeneracyjnych zasilanych zarówno paliwem biogazowym jak i gazem ziemnym jest rynkiem niszowym i na przestrzeni roku w Polsce jest sprzedawane kilka do kilkunastu instalacji opartych o silniki gazowe lub biogazowe o mocy powyżej 0,6 MWe. Wykonanie silnika przystosowanego do pracy na biogazie wymaga zastosowania droższych materiałów, które są bardziej odporne na korozję, gdyż paliwo tego typu charakteryzuje się zawartością związków siarki, które uszkodziłyby silnik przeznaczony do pracy na gazie. Silniki przeznaczone do pracy na biogazie są droższe o kwotę stanowiącą około 3-5 % ceny urządzenia pracującego na gazie ziemnym. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Zamawiający wymagał dostarczenia zespołów z prądnicą wytwarzającą prąd o napięciu 6,3 kV (tzw. średnie napięcie) zamiast prądnic standardowo stosowanych dla napięcia niskiego, tj. 0,4 kV. Taka zmiana pociąga za sobą wzrost ceny urządzenia o ok. 15-20%. Odwołujący wskazał na dostawy realizowane przez C. oparte na tym samym typie agregatu, którego cena wyniosła wówczas za jeden zespół kogeneracyjny przystosowany do pracy na biogazie lub gazie ziemnym 4.304.810,00 zł netto (str. 13 JEDZ wraz z listem referencyjnym od V. P. S.A.) oraz dostawę agregatu typu (...) o wartości 2.152.500,00 zł brutto (przystosowany do pracy na gazie oraz z prądnicą o napięciu 0,4 kV – str. 14 JEDZ wraz z referencją od G. E. E.). Ponadto, wykonawca wskazał na dostawę agregatu kogeneracyjnego o mocy o połowę niższej niż zaoferowane dla GOS w Ł. za kwotę 1.543.900,00 zł netto, co jest kwotą porównywalną z kwotą za jeden zespół o mocy 1,2 MWe, który powinien być minimum 1,5-2 razy droższy (str. 14 JEDZ oraz referencja MPWiK G.).

Ofertę sporządzoną w oparciu o dokładnie ten sam typ silnika, tj. (...), złożyło w tym postępowaniu konsorcjum firm I. S.A. oraz T. a.s. za kwotę 4.100.000,00 zł netto (5.043.000,00 zł brutto).

Gdyby C. zaoferował urządzenie w cenie porównywalnej z ceną średnią dla tego typu urządzeń i nie przeniósł znacznej części ceny urządzeń w koszt modernizacji pomieszczeń i serwisu, ranking wykonawców prezentowałby się inaczej (wykonawca ten nie znalazłby się na pierwszym miejscu). Złożenie oferty w kwestionowanym kształcie nie może być uznane za zgodne z dobrymi obyczajami, w rozumieniu przywołanych też prezentowanych przez KIO oraz doktrynę. Treść oferty powinna być nakierowana na pełne zaspokojenie interesów

Zamawiającego. Zajęcie pierwszego miejsca w rankingu wykonawców powinno być naturalną konsekwencją tego, że zwycięska oferta jest po prostu uczciwie najkorzystniejsza, najlepsza ze wszystkich, dająca najwyższą jakość ocenioną przez pryzmat interesu zamawiającego.

Zachowanie C. godzi w interes Odwołującego, którego oferta złożona została z poszanowaniem obowiązujących przepisów prawa, z uwzględnieniem uzasadnionych potrzeb i interesów Zamawiającego. Ponadto, złożenie oferty przez C. godzi także w interesy bezpośrednio klienta (zamawiającego). Jej przyjęcie nie było konsekwencją zaoferowania obiektywnie wyższej jakości przy wyższej o ok. 1,4 mln zł cenie.

Ad. Zarzut 2 i 3

Wykonawcy składali wypełniony formularz C – harmonogram rzeczowo-finansowy serwisu agregatów prądotwórczych. Zakres usług serwisowych określony został, jako podlegający tzw. prawu opcji. Zakres czynności serwisowych na etapie realizacji zamówienia Zamawiający uzależnił od swoich faktycznych potrzeb. Także rozliczenia zostały uzależnione od faktycznie wykonanych czynności (zakres usług serwisowych może być zmienny – przykładowo: dany element urządzenia może, ale nie musi być wymieniony po określonym czasie). By poznać ceny za poszczególne czynności serwisowe Zamawiający wskazał przykład wypełnienia załącznika dla kontroli i regulacji luzów zaworowych oraz przeglądu turbosprężarki. Należało zatem uznać, zgodnie z logiką, iż oczekiwał wskazania czasu dokonania poszczególnych czynności oraz cen za każdą czynność wchodzącą w zakres usługi serwisowej wykonywanej po przepracowaniu określonej ilości mth. Tylko takie rozwiązanie pozwoliłoby ocenić koszt danej usługi serwisowej jako sumy wynagrodzenia za wszystkie czynności realizowane w danym etapie.

C. przedstawiła harmonogram na poziomie zbyt ogólnym, niezgodnym z zaleceniami Zamawiającego. Dokonano „pakietowania” czynności serwisowych wchodzących w zakres jednej usługi serwisowej podając jedynie ogólną cenę za daną usługę. Z oferty nie wynika kluczowy element – tj. sposób wyliczenia wynagrodzenia za usługę serwisową w przypadku gdy nie wszystkie czynności wymienione w zakresie tej usługi zostaną przeprowadzone. Sytuacja ta powinna być uznana za złożenie oferty niezgodnej z siwz.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca C. E. S. C. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej zwany C.), a po stronie Odwołującego Wykonawca E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej zwany E.).

Zamawiający w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu niejawnym złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

II. Sygn. akt KIO 1301/17

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1301/17 Odwołujący – E. Sp. z o.o. (dalej jako Odwołujący E.) zarzucił Zamawiającemu dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty C. E. S. Sp. z o.o. („C.”), z naruszeniem przepisów ustawy tj.:

1. Art. 90 ust. 1 Pzp poprzez brak wezwania wykonawcy H.-E. Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej istotnej części składowej ceny za wykonanie modernizacji budynku Elektrociepłowni oraz poprzez brak wezwania wykonawcy C. do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej istotnej części składowej ceny za świadczenie dostawy agregatów w ramach zamówienia, mimo że w obu przypadkach oferty zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy H. oraz oferty wykonawcy C. z uwagi na zawarcie w nich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy H. z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści siwz w zakresie braku wypełnienia części załącznika C w części oznaczonej jako „deklarowany czas wyłączenia – godz”;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy H. oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy C. pomimo faktu, iż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia;
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy C. pomimo, iż wykonawca ten dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, czyli działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy poprzez podanie niewiarygodnie wysokiej ilości godzin pracy każdego agregatu w ciągu 24 miesięcy, co miało wpływ na zwiększenie punktacji tego wykonawcy i wyższą pozycję w rankingu wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie ofert wykonawców C. i H., dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W odniesieniu do oferty wykonawcy H.:

- zarzut rażąco niskiej ceny.

Odwołujący kwestionuje wysokość jednego ze składników cenowych – dotyczący kosztów modernizacji elektrociepłowni (156.210,00 zł), jako rażąco niski, na co wskazuje porównanie

z ofertami innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Najniższa kwota proponowana przez innego wykonawcę (Odwołującego) to 1.890.510,00 zł, a pozostałe mieszczą się w przedziale 2,2 mln – 4,2 mln. Z powyższego wynika, iż kwota zaproponowana przez H. odbiega w istotny sposób od wartości rynkowej proponowanej przez pozostałych wykonawców. Odwołujący mógł zaoferować niższą cenę, gdyż znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego agregaty są dystrybuowane przez Odwołującego, co powoduje, że koszty dostosowania mogą być niższe z uwagi na kompatybilność sprzętowa. Zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawcę H. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż istotna część składowo ceny była istotnie niższa, niż wartość zamówienia i średnia arytmetyczna wynikająca z pozostałych ofert, co powinno wywołać wątpliwość Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, trudno jest wyjaśnić tak niską cenę przy uwzględnieniu opisanych w załączniku nr 1 do siwz prac modernizacyjnych. Co istotne, koszty modernizacji miały obejmować pełen zakres prac opisanych w siwz i stanowiły podstawę do przyznania punktów poszczególnym wykonawcom w ramach oceny ofert w kryterium (pkt 16 siwz).

- brak danych

Oferta wykonawcy H. nie zawiera wypełnionego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego załącznika C, stanowiącego ofertę (zgodnie z pkt 7 siwz, str. 5). Znajdują się bowiem puste pola w części dotyczącej „deklarowany czas wyłączenia –godz.” (od przeglądu nr 11 do nr 17). Brak ten ma wpływ na obliczenie punktacji w kryterium, gdyż od okresu pracy urządzenia zależy również przyznanie określonej liczby punktów. Brak danych nie pozwala na weryfikację deklarowanego czasu pracy urządzenia. Powyższe wskazuje, że oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż Zamawiający wyraźnie wskazał, iż brak wypełnienia pól będzie skutkować odrzuceniem oferty. Brakujące dane nie mogą być uzupełnione, gdyż dotyczą parametrów oferowanego sprzętu i jego obsługi. Załącznik C nie miał służyć potwierdzeniu, iż określone dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, zatem nie był wskazany na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp i stanowi treść oferty, ocenianą w kryterium techniczno-jakościowym.

W odniesieniu do wykonawcy C.:

- zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny za dostawę.

Odwołujący kwestionuje jako rynkowy składnik ceny dotyczący dostawy agregatów (3.075.000,00 zł), który odbiega o ok. 35 % od średniej wszystkich cen zaproponowanych za ten element w postępowaniu (4.695.809,55 zł). Odwołujący zaoferował te same agregaty (pod inną nazwą), co jest w stanie stwierdzić, jako dystrybutor producenta C. E. S. (M.).

Zamawiający powinien powziąć wątpliwości, które powinny skłonić do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny.

- deklarowana ilość mtg pracy każdego agregatu w ciągu 24 m-cy.

Odwołujący kwestionuje zadeklarowaną ilość motogodzin pracy każdego agregatu – 17.298 mtg, ocenianą w ramach kryterium oceny ofert, niemożliwą do osiągnięcia. Zadeklarowana ilość godzin jest zbliżona do ilości obliczonej dla 365 dni w roku kalendarzowym i 24 godzin na dobę (8.760) w ciągu dwóch lat (17.520 godzin pracy). Według wiedzy Odwołującego nie jest możliwe aby urządzenie mogło pracować przez taki czas, przy uwzględnieniu czasu na przeglądy techniczne oraz ewentualne awarie w okresie 24 miesięcy.

Wykonawca C. w załączniku C przedstawił plan serwisu agregatów, na który przewidział 198 mtg, co pozostawia na ewentualne awarie 24 mtg w okresie dwóch lat. Przyjmując, że lokalizacja siedziby wykonawcy C. znajduje się w okolicach K. (ok. 3,5 godziny jazdy samochodem) oraz biorąc pod uwagę fakt, iż serwis dopiero będzie diagnozował awarię na miejscu, konieczny jest czas na zamówienie części zamiennych i czas ich dostawy od producenta (wg doświadczenia Odwołującego dostawa jest możliwa na następny dzień roboczy od chwili złożenia zamówienia). Wieloletnie doświadczenie wskazuje, że agregaty w innych lokalizacjach są w stanie osiągnąć między 8.100 a 8.200 mtg rocznej bezawaryjnej pracy i to pracując na gazie naturalnym, a nie na biogazie z oczyszczalni ścieków. Taki też czas jest deklarowany w innych postępowaniach przetargowych. Postępowanie C. może być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 uznk.

- czyn nieuczciwej konkurencji.

Nie może budzić wątpliwości, iż samo oferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty (art. 89ust. 1 pkt 3 Pzp).

Istnieje podejrzenie, że wykonawcy H. i C. dokonali pewnych manipulacji składnikami ceny w taki sposób by w konkretnych składnikach uzyskać najwyższą punktację (w części modernizacji – wykonawca H., a w części dostawy – wykonawca C.), co spełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Swoje stanowisko Odwołujący poparł orzeczeniami KIO.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego H.-E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz C. E. S. C. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Zamawiający w piśmie procesowym złożonym do akt sprawy na posiedzeniu niejawnym odniósł się do zarzutów wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do wniosku Przystępującego H.-E. w sprawie KIO 1301/17 o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Ustawy w związku z brakiem umocowania dla osoby podpisującej i wnoszącej odwołanie. Przystępujący na posiedzeniu wskazywał, iż w odniesieniu do odwołania E. sp. z o.o. zachodzi podstawa do jego odrzucenia, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, do czego podstawę wywodził z zakresu pełnomocnictwa udzielonego Dyrektorowi L. N., przedłożonego wraz z pełnomocnictwem dla radcy prawnego, który wniósł/podpisał odwołanie. W jego ocenie, treść pełnomocnictwa nie uprawniała do tego, aby wskazany w nim Dyrektor mógł skutecznie umocować radcę prawnego do wniesienia odwołania. Nie umocowuje ono bowiem do reprezentowania Spółki przed Krajową Izbą Odwoławczą (określony rodzaj organów nie uwzględnia KIO), a ponadto nie wynika, aby obejmowało ono legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej, przewidzianych Ustawą, do czego konieczne byłoby przedłożenie pełnomocnictwa rodzajowego. Nawet gdyby przyjąć, że Krajowa Izba Odwoławcza mieści się w pojęciu organów wskazanych, to z treści pkt 11 pełnomocnictwa wynika uprawnienie do delegowania wymienionych w pełnomocnictwie uprawnień na upoważnionego do tego członka kadry kierowniczej spółki E. W odpowiedzi na ten wniosek, Odwołujący E. na posiedzeniu przedstawiło oryginał pełnomocnictwa z dnia 28.06.2017 r., udzielonego przez Członków Zarządu, wpisany w KRS, w którego treści wskazano na umocowanie dla radcy prawnego W. W., który podpisał i wniósł odwołanie, do reprezentowania mocodawcy w postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia odwołania dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego organizowanego przez obecnego Zamawiającego. Ponadto, w treści potwierdzono umocowanie radcy prawnego do czynności już dokonanych przez niego, w ramach wyżej wskazanego postępowania odwoławczego, w szczególności do wniesienia odwołania.

Izba oddalając wniosek Przystępującego H.-E. uznała, iż w świetle przedłożonego na posiedzeniu pełnomocnictwa, ewentualne wątpliwości, jakie mogło budzić pełnomocnictwo załączone do odwołania, udzielone Dyrektorowi, straciły na znaczeniu. Ewentualne niedopatrzenie Izby, która mogła wezwać do uzupełnienia pełnomocnictwa przed skierowaniem odwołania na posiedzenie niejawne prowadzone z udziałem stron, nie stało na przeszkodzie do tego, aby uznać za prawnie skuteczne i dopuszczalne w świetle przepisów kodeksu cywilnego, potwierdzenie skuteczności jednostronnej czynności prawnej dokonanej

w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu (art. 104 k.c.). Ważność takiej czynności uzależniona jest zatem od potwierdzenia przez osobę, w której imieniu została dokonana, co w niniejszej sprawie nastąpiło poprzez udzielenie pełnomocnictwa przez Członków Zarządu Spółki, w której imieniu odwołanie zostało wniesione, w którego treści wprost potwierdzono umocowanie radcy prawnego do czynności już dokonanych przez niego, w ramach wyżej wskazanego postępowania odwoławczego, w szczególności do wniesienia odwołania. Skutkiem potwierdzenia czynności wniesienia odwołania jest uznanie, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a zatem nie było podstawy faktycznej do tego, aby wniosek o odrzucenie odwołania mógł być pozytywnie rozpatrzony.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy w kopii poświadczoną za zgodność przez Zamawiającego, w tym specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz), protokół wraz z załącznikami, w tym oferty.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pod nazwą „Modernizacja Elektrociepłowni w Grupowej Oczyszczalni Ścieków Łódzkiej Aglomeracji Miejskiej. W pkt 3 siwz (opis przedmiotu zamówienia) wskazał, iż przedmiot obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej, niezbędną modernizację Elektrociepłowni, sprzedaż i dostarczenie dwóch kompletnych fabrycznie nowych, kogeneracyjnych zespołów prądotwórczych do produkcji energii z biogazu, montaż i uruchomienie zespołów prądotwórczych, dostarczenie nowego systemu sterowania trzeciego istniejącego agregatu (...) i dostosowanie do współpracy z nowymi agregatami, wymiana nadrzędnego systemu sterowania elektrociepłownią (...), 24 miesięczny serwis agregatów (wg zakresu określonego w załączniku do umowy – załącznik C do formularza ofertowego), zapewnienie części zamiennych, które będą niezbędne do przeprowadzenia przeglądów, remontów i napraw.

Zamawiający przewidział prawo opcji w zakresie 24 miesięcznego serwisu agregatów, przy minimalnym poziomie całego zamówienia, liczonego dla każdego agregatu netto jako suma należności za wykonane przeglądy dla 8 000 mtg i przy maksymalnym poziomie całego zamówienia netto jako suma należności za wykonane przeglądy przewidzianych dla 16 000 mtg.

Cenę oferty należało wyliczyć według własnej kalkulacji zgodnie z formularzem ofertowym – załącznikiem nr 2 do siwz. W formularzu Zamawiający wymagał wskazania ceny: *za zakup i dostarczenie dwóch nowych agregatów ko generacyjnych oraz za wykonanie dokumentacji projektowej (Część I umowy Zakres I - § 3 wzoru umowy oraz Załącznik nr 1 do siwz) ze*

wskazaniem na dwie składowe oraz cenę ogółem brutto (pkt 1), *koszt modernizacji budynku elektrociepłowni (Część I umowy Zakres II - § 3 wzoru umowy oraz Załącznik nr 1 do siwz) – (pkt 2); koszt eksploatacji dwóch nowych agregatów kogeneracyjnych, liczony w okresie 24 m-cy od momentu przekazania do eksploatacji (pkt 3).* Część I umowy została opisana we wzorze (załącznik nr 5 do siwz) jako obejmująca zakres *projektowania, montażu, uruchomienia – 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy* i obejmuje dwa zakresy:

Zakres I (16 tygodni od dnia zawarcia umowy):

- a) *dostarczenie dokumentacji projektowej do uzgodnień Zamawiającemu (dwa egzemplarze w wersji papierowej oraz 1 egzemplarz w wersji elektronicznej) – do 10 tygodni od dnia zawarcia umowy;*
- b) *opiniowanie przez Zamawiającego każdego zgłoszenia Wykonawcy, w terminie 7 dni od daty otrzymania zgłoszenia;*
- c) *przekazanie Zamawiającemu ostatecznej uzgodnionej wersji dokumentacji projektowej – 16 tygodni od dnia zawarcia umowy. Jeden egzemplarz w wersji papierowej zostanie zwrócony Wykonawcy po zatwierdzeniu;*
- d) *uzyskanie uzgodnień i decyzji administracyjnych, o ile będzie to wymagane;*
- e) *zakup i dostarczenie dwóch nowych agregatów kogeneracyjnych.*

Zakres II (36 tygodni od upływu terminu wykonania Zakresu I) – modernizacja budynku elektrociepłowni:

- a) *adaptacja budynku elektrociepłowni;*
- b) *dostawa, wykonanie, montaż, zgodnie z warunkami przetargowymi, zakończony 72 godz. Ruchem Próbnym potwierdzającym parametry oferowane przez Wykonawcę oraz szkoleniem personelu Zamawiającego w zakresie pełnej obsługi;*
- c) *modernizacja istniejącego agregatu DEUTZ (trzeciego agregatu);*
- d) *wykonanie i sprawdzenie „czarnego startu” i „pracy wysypowej”;*
- e) *protokolarne przekazanie przedmiotu zamówienia Zamawiającemu.*

Część II umowy dotyczy serwisu obejmującego 24 m-ce dla każdego agregatu, licząc od przekazania do eksploatacji. Przewidywane terminy przeglądów wyznaczane będą zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy (załącznik C do formularza ofertowego). Zgodnie z § 5 ust. 3 wzoru umowy, wynagrodzenie za serwis będzie ustalane zgodnie z załącznikiem nr do umowy (załącznik C do formularza ofertowego).

Rozliczenie za wykonanie części I umowy odbywać się będzie fakturami częściowymi po wykonaniu zakresu I i II według cen z formularza ofertowego (§ 6 wzoru umowy). Rozliczenie za wykonanie części II umowy odbywać się będzie fakturami częściowymi po wykonaniu przeglądów (§ 7 wzoru umowy).

Zamawiający określił pięć kryteriów oceny ofert, według których przyznawał punkty odpowiednio:

1. cena brutto (formularz oferty, pkt 1 – ogółem z VAT) – 50 pkt;
2. koszt modernizacji budynku elektrociepłowni w zakresie części I umowy zakres II (formularz oferty, pkt 2 z VAT) – 20 pkt;
3. koszt eksploatacji (formularz oferty, pkt 3 z VAT) – 10 pkt;
4. moc elektryczna agregatu (załącznik nr A do formularza ofertowego, pkt 12) – 10 pkt;
5. deklarowana ilość mtg pracy dla każdego agregatu w ciągu 24 m-cy (formularz oferty, pkt 7) – 10 pkt. Dla tego kryterium Zamawiający określił minimalną ilość 16 000 mtg.

Zgodnie z pkt 7 siwz ofertę stanowiły: wypełniony i podpisany formularz ofertowy z załącznikami nr A, B, C, które należało wypełnić. Załącznik nr A zawierał dane techniczne oferowanych agregatów, prezentowane w tabeli (19 pozycji). Załącznik nr B dotyczył kosztów eksploatacji dwóch nowych agregatów kogeneracyjnych liczonych w okresie 24 miesięcy od momentu przekazania do eksploatacji, przy założeniu czasu pracy agregatów – 32 000 mtg, liczony: 8 000 mtg/1 rok/jeden agregat x 2 lata x 2 agregaty – 32 000 mtg. Wykonawcy mieli wypełnić tabelę zawierającą dwie pozycje: koszt serwisu i koszt części zamiennych i materiałów. Załącznik nr C prezentować miał wykaz przewidywanych serwisów w zakresie zgodnym z dokumentacją techniczną i wymaganiami producenta agregatów w okresie do remontu kapitalnego.

W postępowaniu złożone zostało siedem ofert, z których dwie Zamawiający odrzucił i dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty C., z ceną całkowitą brutto 7.661.784,98 zł (łącznie uzyskała 74,57 pkt), kolejną według punktacji przyznanej w kryteriach oceny jest oferta Odwołującego H. z ceną 6.213.960,00 zł brutto (łącznie uzyskała 71,86 pkt), na trzeciej pozycji została sklasyfikowana oferta Odwołującego E. z ceną brutto 6.448.725,18 zł (łącznie uzyskała 60,5 pkt). Kolejne dwie oferty konsorcjum I./T. z ceną 8.868.300 zł brutto oraz E.(2) 9.734.412,37 zł brutto uzyskały odpowiednio: 45,85 pkt oraz 50,7 pkt.

W ofercie C. w pkt 1 formularza ofertowego wskazało kwotę ogółem z VAT 3.075.000,00 zł w tym za zakup i dostarczenie dwóch agregatów kogeneracyjnych kwotę netto 2.480.000,00 zł oraz za wykonanie dokumentacji projektowej 20.000,00 zł netto. Koszt modernizacji budynku elektrociepłowni Wykonawca oszacował na kwotę brutto 3.274.604,40 zł (pkt 2 formularza ofertowego). Koszty eksploatacji dwóch agregatów w okresie 24 miesięcy zostały wyliczone na kwotę brutto 1.312.180,58 zł. (pkt 3 formularza ofertowego). Deklarowana ilość mtg pracy każdego agregatu w ciągu 24 m-cy wynosi 17 298 mtg.

W ofercie H.-E. Sp. z o.o. w pkt 1 formularza ofertowego wskazało kwotę ogółem z VAT 5.526.390,00 zł w tym za zakup i dostarczenie dwóch agregatów kogeneracyjnych kwotę

netto 4.423.000,00 zł oraz za wykonanie dokumentacji projektowej 70.000,00 zł netto. Koszt modernizacji budynku elektrociepłowni Wykonawca oszacował na kwotę brutto 156.210,00 zł (pkt 2 formularza ofertowego). Koszty eksploatacji dwóch agregatów w okresie 24 miesięcy zostały wyliczone na kwotę brutto 531.360,00 zł. (pkt 3 formularza ofertowego). Deklarowana ilość mtg pracy każdego agregatu w ciągu 24 m-cy wynosi 17 000 mtg.

W ofercie E. w pkt 1 formularza ofertowego wskazało kwotę ogółem z VAT 3.874.500,00 zł w tym za zakup i dostarczenie dwóch agregatów kogeneracyjnych kwotę netto 3.141.000,00 zł oraz za wykonanie dokumentacji projektowej 9.000,00 zł netto. Koszt modernizacji budynku elektrociepłowni Wykonawca oszacował na kwotę brutto 1.890.510,00 zł (pkt 2 formularza ofertowego). Koszty eksploatacji dwóch agregatów w okresie 24 miesięcy zostały wyliczone na kwotę brutto 683.715,18 zł. (pkt 3 formularza ofertowego). Deklarowana ilość mtg pracy każdego agregatu w ciągu 24 m-cy wynosi 16 222 mtg.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

I. Odwołanie H.-E. (sygn. akt KIO 1297/17).

Oddała odwołanie.

Zarzuty Odwołującego dotyczyły oferty wybranej C., w stosunku do której Odwołujący wskazywał na podstawy do jej odrzucenia z dwóch niezależnych przesłanek opisanych w art. 89 Ustawy, tj. pkt 2 i pkt 3 Ustawy.

Zaczynając od tej drugiej, tj. uznania, iż złożenie tej oferty stanowił czyn nieuczciwej konkurencji Izba miała na uwadze w szczególności wytyczne Zamawiającego, jakie wynikały z opisu przedmiotu zamówienia, kształtujące sposób kalkulacji ceny oferty, której składowe były prezentowane w trzech pozycjach formularza ofertowego.

Zarzut został skonstruowany w oparciu o kalkulację ceny za dostawę dwóch agregatów wyszczególnioną w pozycji pierwszej formularza ofertowego, która miała być zaniżona w stosunku do rzeczywistych kosztów zakupu i dostawy, a przeniesionych do innych elementów zamówienia (modernizacji oraz serwisu). Odwołujący dowodził tezy o „inżynierii cenowej” w oparciu o porównanie cen oferowanych w tym postępowaniu przez konsorcjum I./T. za generator zaoferowany z tym samym typem silnika (...) za cenę netto 4.100.000,00 zł (5.043.000,00 zł brutto). Ponadto, dowodem na zaniżenie kosztów zakupu generatorów miały być dostawy wskazane w referencjach załączonych do oświadczeń w JEDZ przez wykonawcę C..

Dla zachowania precyzji, należy zauważyć, iż cena z pkt 1 formularza ofertowego C. stanowiła składową zakupu i dostarczenia dwóch agregatów kogeneracyjnych oraz wykonania dokumentacji projektowej. Rzeczywista cena zakupu i dostawy prezentowana w

lit. a poz. 1 formularza ofertowego – w ofercie C. wyniosła 2.480.000,00 zł netto (3.050.400 zł brutto), a w ofercie Odwołującego 4.423.000,00 zł (5.440.290 zł brutto). Odwołujący prezentując zestawienie porównawcze ofert złożonych w postępowaniu nie skorygował kwot oferowanych w pkt 1 o koszty wykonania dokumentacji projektowej. Powyższe nie miało jednak wpływu na konstrukcję zarzutu oraz jego podstawę faktyczną, gdyż Odwołujący odnosił się zasadniczo do kosztów zakupu agregatu kogeneracyjnego, który odpowiadałby parametrom technicznym, jakie wymagał Zamawiający, prezentując dowody, które Izba oceniła w zgodzie z wytycznymi, jakie towarzyszą swobodnej ocenie dowodów przez organ rozstrzygający o zarzucie. Zasadniczym tłem dla zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji miało być przekonanie, iż C. celowo prezentowało niższe koszty zakupu i dostawy agregatów w poz. 1 formularza ofertowego, aby uzyskać większą ilość punktów w kryterium „cena”, a koszty o jakie miała zostać zaniżona cena dostawy, miały być przeniesione do dwóch pozycji kosztowych formularza ofertowego: modernizacja oraz eksploatacja (zawierająca koszty przeglądów serwisowych).

Odnosząc się do dowodów powołanych przez Odwołującego, w szczególności referencji oraz informacji pozyskanych ze strony internetowej C., Izba uznała, iż nie mają one waloru istotnego dla uznania tezy o zaniżeniu kosztów zakupu agregatów kogeneracyjnych za prawidłową. Ponieważ dostawy prezentowane w referencjach dotyczyły urządzeń o innej konfiguracji, w szczególności dotyczącej silników, które stanowią zasadniczy element agregatów, Izba uznała, iż wnioski jakie prezentował Odwołujący nie mogły być przyjęte jako przekonujące. Dowody te mogły jedynie wskazywać na wyceny dokonywane na potrzeby innych zamawiających, które były podyktowane warunkami pracy dla agregatów, w tym w szczególności różnym paliwem. Izba oceniła również dowody, jakie złożył Przystępujący C., w tym informacje pozyskane od producenta agregatów spółki C. E. S. GmbH z siedzibą w M. Przystępujący C. przedłożył mail z 6.7.2017 r. z potwierdzeniem ceny zakupu u producenta agregatu G. (...) – Biogas – 6,3 kV za kwotę 276.500 euro/sztuka (1.116.830,00 zł) oraz informację producenta kierowaną do wszystkich zainteresowanych o statusie C., jako autoryzowanego partnera serwisowego wszystkich produktów C., oraz doświadczonego partnera przy realizacji projektu związanego z linią produktową M. (mail z 18.11.2017 r.).

Złożone na rozprawie oświadczenia stron i uczestników, poparte dokumentami pozyskanymi od producenta marek M. oraz C., tj. spółki C. wskazywały na fakt istnienia podobnych warunków sprzedaży dla obu produktów, które są produkowane na dwóch liniach produkcyjnych (niebieska i żółta) w tej samej fabryce w M. Wskazuje na to przede wszystkim historia przejęcia produktów M. w 2013 r. przez C., która *prowadzi strategię dwóch marek z C. i M. Zarówno żółte agregaty C. jak i rozwiązanie w zakresie wytwarzania energii są oferowane i sprzedawane przez sieć dealerską C., zaś niebieskie agregaty M. i rozwiązanie*

w zakresie wytwarzania energii, sprzedawane są na rynku bezpośrednio oraz przez istniejącą sieć dystrybucji M..

Odnosząc powyższe do oferty C., zaoferowane agregaty z linii produktów M. (...), stanowią produkt dostępny bezpośrednio u producenta lub przez istniejącą sieć dystrybucji. Wypowiedzi pełnomocników z rozprawy pozwalają stwierdzić, iż produkt z linii M. różni się od odpowiedniego produktu z linii C., jedynie kolorem. Powyższe pozwalało uwzględnić ceny obu produktów, jakie zostały w tym postępowaniu zaoferowane, co prezentowało szerszy obraz, niż samo odniesienie się do jednej z czterech ofert, które również były sporządzone w oparciu o produkty C..

Stąd, poza wyjaśnieniami samego wykonawcy C. oraz dowodem złożonym na rozprawie, pozostawały do porównania ceny oferowane w tym postępowaniu za urządzenia dwóch marek, które nie różnią się zasadniczymi elementami. W oparciu o zgodne wyjaśnienia stron i uczestników marki M. oraz C. Izba uznała, iż stanowią one produkty tej samej firmy C. i produkowane są na dwóch liniach produkcyjnych (żółta i niebieska) w tej samej fabryce w M. Z oświadczenia producenta M. GmbH wynika, że agregaty występujące pod dwoma nazwami są technicznie całkowicie identyczne (oświadczenie z 5.09.2013 r.). Podobnie producent C. SARL w oświadczeniu z 22.06.2017 r., który przejął w październiku 2011 r. firmę M., potwierdził, iż produkty marki C. serii CG i produkty M. serii TCG są identyczne pod względem sprawności i konserwacji (...). Obie linie produkcyjne posiadają taką samą gwarancję producenta.

Izba uwzględniła ceny jakie zostały zaproponowane za produkty z tej samej rodziny, tj. agregaty marki C. serii CG i produkty M. serii TCG. C. zaoferował agregat (...) za cenę zakupu dwóch sztuk wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej – 3.075.000,00 zł. brutto; Odwołujący zaoferował urządzenie innego producenta (...). Dla linii produktów C. oferty złożyli: E. jako przedstawiciel C. – spółki matki i zaoferowała za cenę brutto 3.874.500,00 zł (włączając koszt wykonania dokumentacji projektowej) oraz E. S. za cenę brutto 9.915.323,44 zł; Konsorcjum I./T. zaoferowało produkt serii M. za cenę brutto 5.043.000,00 zł; Jak wynika z powyższego różnica w cenie jest zasadnicza zarówno w odniesieniu do produktów serii C. jak i TCG, co można upatrywać w różnej polityce sprzedaży przedstawicieli producentów, lub inne pozycji negocjacyjnej z uwagi na posiadany status, co wpisuje się w praktykę handlową powszechnie stosowaną dla sieci sprzedaży produktów. Powyższe porównanie nie daje zatem jednoznacznej odpowiedzi i wskazania, iż cena C. jest nierynkowa.

W ocenie Izby, sposób kalkulacji ceny był podyktowany rozbudowaną konstrukcją formularza ofertowego, który uwzględniał zakres przedmiotu zamówienia, który obejmował nie tylko

dostawę agregatów, jako zasadniczego elementu świadczenia, ale również istotną jego częścią miała być modernizacja budynku oczyszczalni wymagająca zaprojektowania rozwiązania opartego na agregatach kogeneracyjnych. Zamawiający wyjaśniał, iż w cenie, w pozycji 1, za zakup agregatów, należało uwzględnić koszt silnika plus generatora, a pozostałe elementy i urządzenia towarzyszące związane z odbiorem ciepła tzw. kogeneracji, tj. system odprowadzania spalin (komin i przewody), instalacja do zasilania biogazem, podłączenie elektryczne mogły być zaadoptowane, stąd koszty dostarczenia agregatów, przy takiej możliwości, mogły być niższe niż te, jakie prezentuje Odwołujący, wliczając do kosztu urządzenia między innymi cały układ odzysku ciepła.

Powyższe zasadniczo dotyka ważnego aspektu kalkulacji ceny ofertowej, co miało swój wyraz również w kryteriach oceny, w których obok kosztów zakupu i dostawy agregatów Zamawiający wprowadził dwa kryteria dotyczące kosztów, tj. modernizacja oraz eksploatacja (serwis). Nie budziło zastrzeżeń uczestników postępowania odwoławczego oraz samych stron wskazanie przez Zamawiającego, iż na potrzeby wykonania zamówienia możliwa była adaptacja posiadanych już instalacji, wykorzystywanych na potrzeby kogeneracji. Stąd opis przedmiotu zamówienia (pkt 3 ppkt 4 załącznika nr 1 do siwz), na jaki wskazywał Odwołujący, zawierający się w pojedynczym zdaniu: *dostawa i montaż dwóch kompletnych, fabrycznie nowych zespołów prądotwórczych z silnikami spalinowymi tłokowymi zasilanymi biogazem z oczyszczalni wraz z modułami odzysku ciepła z chłodzenia silnika i spalin oraz układu chłodzenia (wymagania dotyczące każdego zespołu prądotwórczego określono w załączniku A do specyfikacji)*, nie dawał pełnego obrazu zakresu zamówienia. Odwołujący z opisu, w którym Zamawiający wskazał na moduł odzysku ciepła, wywodził wniosek o konieczności dostawy (a zatem ujęcia w cenie zakupu agregatu kogeneracyjnego) pełnej infrastruktury układu odzysku ciepła, jako integralnej części zespołu kogeneracyjnego. Tymczasem Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz, w pkt 4 wytyczne do projektowania wskazał między innymi na *wykonanie i modernizację instalacji i układów odbioru ciepła oraz włączenie do istniejących systemów wraz z modernizacją istniejącego systemu awaryjnego odbioru ciepła*.

W ocenie Izby, należało zatem przyjąć, iż cena dostawy agregatu kogeneracyjnego prezentowana w pkt 1 formularza ofertowego nie musiała obejmować ceny zakupu całego zespołu kogeneracyjnego, a koszty wykonania i modernizacji modułów odzysku ciepła mogły zostać wskazane w pozycji 2 formularza ofertowego *koszt modernizacji budynku elektrociepłowni (Część I umowy Zakres II - § 3 wzoru umowy oraz Załącznik nr 1 do siwz)*. W trakcie rozprawy, również Odwołujący wprost przyznał, iż kalkulacja pozycji 2 formularza ofertowego była dowolna, a wykonawcy mogli różnie określić potrzeby związane z modernizacją budynku elektrociepłowni.

W § 3 wzoru umowy opisane zostały terminy z podziałem na zakresy dla części I umowy obejmującej projektowanie, montaż i uruchomienie (12 miesięcy od dnia zawarcia umowy). Część ta została opisana dwoma zakresami, w tym zakres I obejmuje, obok wykonania dokumentacji projektowej wraz z czynnościami towarzyszącymi (opiniowanie, uzgodnienia uzyskanie decyzji), zakup i dostarczenie dwóch nowych agregatów kogeneracyjnych (lit.e). Natomiast zakres II tej części, na który przewidziane jest 36 tygodni od upływu terminu wykonania zakresu I, dotyczy modernizacji budynku elektrociepłowni. Porównując formularze ofertowe w tym kalkulacje ceny za zakup i dostarczenie dwóch nowych agregatów kogeneracyjnych oraz za wykonanie dokumentacji projektowej (poz. 1) oraz koszty modernizacji budynku elektrociepłowni (poz. 2), wszyscy z wyłączeniem Odwołującego przyjęli podobny sposób prezentacji łącznej kwoty za wykonanie przedmiotu zamówienia opisanego w załączniku nr 1 do siwz. Podobieństwo dotyczy rozłożenia kosztów pomiędzy pozycją 1 i 2 formularza ofertowego, gdzie wszyscy wykonawcy (z pominięciem Odwołującego H.-E.) wskazali wysokie koszty modernizacji. Koszty modernizacji przyjęte w sześciu ofertach mieszczą się w przedziale od 1.890.510,00 zł brutto do 4.202.012,10 zł brutto (w tym przedziale oferta C. wynosi - 3.274.604,40 zł brutto). Na tym tle, to oferta Odwołującego H.-E., w której poziom kosztów modernizacji został ustalony na kwotę 156.210,00 zł, wydaje się zaskakująco niski, a należy zauważyć, że pozwolił uzyskać w tym kryterium oceny maksymalną ilość punktów, tj. 20. Jednocześnie, pozostałe oferty otrzymały punkty w przedziale od 0,74 do 1,65 pkt. C. otrzymało w tym kryterium jedynie 0,94 pkt.

Już tylko to czyni zarzut, rzekomej „inżynierii cenowej” niezasadny. Odnosząc się jednak do samej ceny zakupu i dostawy agregatu kogeneracyjnego, w ocenie Izby prezentowane ceny stanowią najlepsze odniesienie do tego aby ustalić, czy cena zakupu wskazana przez C. w poz. 1, jest ceną rynkową za urządzenie oferowane na potrzeby konkretnego Zamawiającego i pracującej już oczyszczalni ścieków. Nawet uwzględniając różnice w wycenie kosztów wykonania dokumentacji projektowej, oferta C. była jedną z trzech, w których cena została skalkulowana na poziomie ponad 3 mln. złotych, chociaż była najniższą spośród złożonych w postępowaniu (3.075.000,00 zł brutto). W pozostałych dwóch ofertach zaoferowano cenę 3.591.600,00 zł (B.-s. – oferta odrzucona) oraz 3.874.500,00 zł (E.). W ocenie Izby, cena prezentowana w pkt 1 formularza ofertowego nie była „sztucznie” zaniżona i znajdowała odzwierciedlenie we wskazanej powyżej informacji o uzyskanej cenie zakupu zaoferowanego agregatu kogeneracyjnego. W świetle powyższego, zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie znalazł potwierdzenia, w szczególności brak było dowodów który skłaniałyby do przyjęcia, iż C. dokonał „inżynierii cenowej” w celu uzyskania większej ilości punktów w kryterium „cena”.

Odnosnie drugiej podstawy mającej uzasadniać zarzut zaniechania odrzucenia oferty C., tj. sposobu wypełnienia harmonogramu rzeczowo-finansowego serwisu agregatów Izba ustaliła, że Zamawiający w siwz przewidział *prawo opcji w zakresie 24 miesięcznego serwisu agregatów, przy minimalnym poziomie całego zamówienia, liczonego dla każdego agregatu netto jako suma należności za wykonane przeglądy dla 8 000 mtg i przy maksymalnym poziomie całego zamówienia netto jako suma należności za wykonane przeglądy przewidzianych dla 16 000 mtg (pkt 3 opisu przedmiotu zamówienia)*. W załączniku nr 1 do siwz (część techniczna specyfikacji), jako przedmiot zamówienia wskazany został między innymi *serwis nowych dostarczonych agregatów prądotwórczych w okresie 2 lat, tj. po min. 16000 godzin każdy, w zakresie zgodnym z określonym w załączniku C do specyfikacji (dostawa i wymiana części przewidzianych do wymiany podczas przeglądu wraz z czynnościami serwisowymi)*. Koszt przeglądów serwisowych miał być uwzględniony w koszcie eksploatacji dwóch nowych agregatów kogeneracyjnych, prezentowanym w pkt 3 formularza ofertowego – zgodnie z wykazem przewidywanych przeglądów serwisowych w okresie 24 m-cy od momentu przekazania do eksploatacji, wg załącznika nr B do formularza ofertowego. W załączniku nr C miał być wypełniony i podpisany przez wykonawcę oraz zawierał *wykaz przewidywanych serwisów w zakresie zgodnym z dokumentacją techniczną i wymaganiami producenta agregatów w okresie do remontu kapitalnego*. Załącznik ten zawierał kolumny dotyczące czynności do wykonania, typu - nazwy kolejnych przeglądów oraz kosztów (robocizna wraz z materiałem). Zgodnie z uwagą zamieszczoną przed tabelą, wykonawca miał wypełnić puste pola, a niewypełnienie skutkowało odrzuceniem oferty. Zamawiający przedstawił przykładowy sposób wypełnienia tabeli dla czynności: kontrola i regulacja luzów (ze wskazaniem czasu pracy agregatu w mtg) oraz przeglądu turbosprężarki.

C. przedłożył wypełniony formularz C, wskazując na czynności oraz czas pracy agregatu dla poszczególnych typy przeglądów (E10, E30, E40, E50, E60, E70, TC01, TC02), a także koszty netto przeglądów (łącznie 36 pozycji).

Odwołujący zarzucił niezgodność harmonogramu z siwz, uzasadniając to tym, że został on sporządzony na poziomie zbyt ogólnym, niezgodnym z zaleceniami Zamawiającego. Dokonano „pakietowania” czynności serwisowych wchodzących w zakres jednej usługi serwisowej, podając jedynie ogólną cenę za daną usługę. Z oferty nie wynika kluczowy element – tj. sposób wyliczenia wynagrodzenia za usługę serwisową w przypadku, gdy nie wszystkie czynności wymienione w zakresie tej usługi zostaną przeprowadzone.

Oddalając w tym zakresie odwołanie Izba uznała, iż siwz nie zawiera szczególnych wytycznych, do jakich odnosi się Odwołujący. Można wnioskować, iż z podanego przykładu wywiódł on, iż każda czynność serwisowa powinna być oddzielnie opisana i wyceniona, co

jednak nie zostało w taki sposób przez Zamawiającego wskazane. Tym samym, budowanie w oparciu o niewyartykułowane wymagania co do szczegółowości opisu pozycji, wnioski o zakazie grupowania czynności serwisowych, nie mogły odnieść skutku. Podany przykład miał w ocenie Izby pomóc w wypełnieniu formularza i zrozumieniu koncepcji Zamawiającego, a nie zawierać opis precyzujący stopień szczegółowości informacji, jakie należało w nim podać.

W świetle powyższego zarzuty podniesione w odwołaniu Izba w całości oddaliła.

II. Odwołanie E. (sygn. akt KIO 1301/17).

Oddala odwołanie.

Zarzuty dotyczą dwóch ofert, wybranej C. oraz drugiej w rankingu oferty H. – E.

Zarzut wspólny w odniesieniu do obu ofert, tj. zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych ceny Odwołujący wywodził z porównania ceny za dostawę agregatów (oferta C.) oraz kosztu modernizacji budynku elektrociepłowni (oferta H.-E.). Każda z tych składowych stanowiła element oceny ofert w odpowiednim kryterium oceny ofert.

Odnosząc się łącznie do wspólnej koncepcji uzasadnienia zarzutu Izba uwzględniła opisany wcześniej zakres przedmiotu zamówienia, wskazujący na pozostawiony dla wykonawców sposób zweryfikowania zakresu prac modernizacyjnych, co w konsekwencji doprowadziło do przyjęcia odmiennej koncepcji wyceny kosztów. Jak wynika z wyjaśnień H.-E. prezentowanych na potrzeby własnego odwołania, zakładał on w kalkulacji ceny zakupu agregatów szerszy zakres elementów związanych z układem odzysku ciepła, natomiast C. przyjęło w pozycji pierwszej formularza ofertowego koszt zakupu agregatów, prezentując koszty modernizacji w tym adaptacji posiadanej infrastruktury w pozycji drugiej formularza ofertowego. Tym samym nie było prawidłowym porównywanie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami formularza ofertowego i przyrównywanie ich do innych ofert, gdyż wykonawcy mogli przyjąć odmienny sposób realizacji przedmiotu zamówienia (np. z wykorzystaniem nadających się do zaadaptowania elementów systemu kogeneracyjnego, co było możliwe przy zaoferowaniu urządzeń, kompatybilnych z zainstalowanymi w zakładzie Zamawiającego). Z wyjaśnień złożonych na rozprawie Izba ustaliła, iż Odwołujący E. oraz Wykonawca C. oferowali urządzenia tego samego producenta, ale z dwóch różnych linii produkcyjnych, które nie różnią się między sobą w istotnym zakresie, a Zamawiający posiada i eksploatuje obecnie instalację zbudowaną na linii produktów M. Również sam Odwołujący przyznał, iż mógł wyliczyć niższe koszty modernizacji, *gdyż znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego agregaty są dystrybuowane przez Odwołującego, co powoduje,*

że koszty dostosowania mogą być niższe z uwagi na kompatybilność sprzętową. Powyższe okoliczności nie mogły być pominięte przy ocenie zasadności zarzutu, który był oparty na wybiórczej prezentacji kosztu dwóch pozycji formularza ofertowego, które dopiero łącznie dawały obraz wysokości ceny za wykonanie całości prac wraz z dostawą urządzeń. Zsumowanie wartości dwóch pierwszych pozycji formularza ofertowego wskazywało na porównywalny poziom ceny ofert, co do których Odwołujący formułował zarzuty oraz zbliżoną ilość punktów. Odwołujący uzyskał bowiem w dwóch kryteriach 41,33 pkt, Wykonawca H.-E. 47,82 pkt, a Wykonawca C. 50,95 pkt.

W konsekwencji powyższego, również zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Ustawy wywodzone z analizy składowych ceny, nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty H.-E., jako niezgodnej z treścią siwz Izba oddaliła, mając na uwadze, iż „deklarowany czas wyłączenia – godz.”, nie stanowił kryterium oceny ofert, a zatem uzasadnienie dla tego zarzutu, jakie prezentował Odwołujący nie miało podstaw w stanie faktycznym. Odwołujący podnosił bowiem, iż brak wypełnienia części pól w załączniku C ma wpływ na obliczenie punktacji w kryterium, gdyż od okresu pracy urządzenia zależy również przyznanie określonej liczby punktów. Brak danych miał zatem nie pozwalać na weryfikację deklarowanego w formularzu oferty czasu pracy urządzenia. Odnosząc się do tej argumentacji Izba uznała, iż sposób wypełnienia załącznika nie był powiązany z oceną oferty Wykonawcy w kryterium *deklarowana ilość mtg pracy każdego agregatu w ciągu 24 m-cy*, dla której podstawę stanowiło oświadczenie z formularza ofertowego. Uwaga zamieszczona na załączniku C o skutku braku jego wypełnienia nie mogła w sposób automatyczny prowadzić do odrzucenia oferty. Wykonawca H.-E. wypełnił bowiem formularz C, pozostawiając część pól pustych, co jednak nie wpływało na zakres zobowiązania wynikającego ze złożonej oferty. Mając na uwadze, iż Zamawiający wymagał zapewnienia co najmniej 16 000 mtg, aby móc stwierdzić, że brak wypełnienia części pól prowadził do niezgodności treści oferty z siwz, należałoby wykazać, że ilości czasu wyłączenia podana w godzinach, uniemożliwiłaby osiągnięcie wymaganego minimalnego czasu pracy dla każdego agregatu. Odwołującego takiego wyводу nie prowadził, a jedynym argumentem oprócz kwestii związanej z kryterium oceny ofert, był zapis na wzorze formularza C, iż brak wypełnienia pól będzie prowadził do odrzucenia oferty. Przy tych podstawach Izba stwierdziła, iż brak jest związku pomiędzy oświadczeniem z formularza oferty, a załącznikiem C takiego rodzaju, aby móc stwierdzić, że oferta jest niezgodna merytorycznie z treścią siwz, która w obszarze związanym z zarzutem wskazywał na minimalną ilość mtg dla każdego agregatu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy C. Izba oddaliła.

Podstawa faktyczna, w której Odwołujący upatrywał popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, jako działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy, dotyczy podania niewiarygodnie wysokiej ilości godzin pracy każdego agregatu w ciągu 24 miesięcy, co miało wpływ na zwiększenie punktacji tego wykonawcy i wyższą pozycję w rankingu wykonawców. C. wskazało w formularzu ofertowym w pkt 7 *deklarowaną ilość mtg pracy każdego agregatu w ciągu 24 m-cy 17298 mtg.*

Zamawiający przyjął tą deklarację przy weryfikacji oferty, a na rozprawie wskazywał, iż ilość zadeklarowanych mtg mieści się w ilości możliwej do przepracowania w ciągu roku kalendarzowego godzin. Odwołujący przedłożył między innymi informację ze strony C. z tabelą przykładowych zysków z zastosowania systemu kogeneracyjnego, prezentującej koszty wyliczone dla modułu przy założonej ilości 8200 mtg. Ponadto, przedstawił fragment poradnika inwestora cz. I – podstawy Kogeneracji, w którym wskazano, że *oczywiście absolutną fikcją jest dobieranie CHP w taki sposób, aby czas pracy wynosił 8.760 godzin w ciągu roku (takie analizy niestety też się spotyka). Agregat kogeneracyjny, jak każdy silnik spalinowy, musi podlegać przeglądom, konserwacjom oraz planowym remontom. Jak każde urządzenie podlega również awariom. Każdy przegląd CHP lub naprawa wiąże się z jego wyłączeniem i odczekaniem aż ostygnie i dopiero wtedy możliwej jest wykonywanie wszelkich prac serwisowych. W związku z powyższym we wszystkich analizach przyjmujemy, że średni czas pracy CHP w ciągu roku wynosi 8.250 godzin.*

C. przedłożyło listy referencyjne od użytkowników urządzeń, w tym między innymi wystawiony w dniu 3.07.2017 r. list od B. B. Sp. z o.o., w którym potwierdza się, że *dostarczone i zainstalowane przez firmę C. E. S. „C.” sp. z o.o. agregaty kogeneracyjne firmy M. model (...) o mocy elektrycznej 1200 kW oraz model (...) o mocy elektrycznej 600 kW przepracowały w okresie ostatniego roku odpowiednio: (...) – 8517 motogodzin (...) – 8432 motogodzin.*

Jak wskazano wcześniej C. zaoferowało agregaty M. (...) o mocy silnika 1239 kW (załącznik nr A do formularza ofertowego).

Oddalając zarzuty Izba miała na uwadze treść siwz, zgodnie z którą wykonawcy mieli podać deklarowaną ilość mtg pracy w ciągu roku. Odwołujący prezentując wyliczenia godzin możliwej pracy urządzenia z uwzględnieniem planu serwisu agregatów, na który Wykonawca przewidział 198 mtg, wskazał na ilość mtg, jaka pozostaje na ewentualne awarie (24 mtg) w okresie dwóch lat. Powyższe wskazuje zatem, iż deklarowana ilość mtg pozwalać będzie na przeprowadzenie planowanych prac serwisowych (konserwacji, przeglądów), jak również zawiera pewien margines (znikomy) czasu na ewentualne awarie nowego urządzenia.

Oczywiście, ani Izba, ani żaden uczestnik postępowania nie mógł powołać dowodu, z którego wynikałoby, jak duża ilość awarii może się zdarzyć w ciągu roku pracy agregatu w konkretnych warunkach jego pracy (co może być wywołane, np. złą jakością paliwa). Ponieważ Zamawiający nie oczekiwał podania średniej ilości godzin pracy w roku dla oferowanego urządzenia, to wnioski płynące z analizy materiału przedstawionego przez Odwołującego, a wskazujące na przyjmowany poziom ok. 8200 mtg, nie mogły być uwzględnione przez Izbę. Izba uwzględniła natomiast dowody przedłożone przez C. – referencje dotyczące osiągniętych, rzeczywistych przepracowanych w roku 2016 motogodzin, jako uwiarygadniające deklarację Wykonawcy. Co istotne, jedna z referencji dotyczyła urządzenia tego samego modelu i mocy silnika, której dotyczy deklarowana ilość mtg.

Odwołujący zaprzeczał możliwości tak długiej pracy urządzenia (17.298 mtg/2 lata) wskazując na własne doświadczenie dotyczące agregatów w innych lokalizacjach, które są w stanie osiągnąć między 8.100 a 8.200 mtg rocznej bezawaryjnej pracy (pracując na innym paliwie, tj. gazie naturalnym, a nie biogazie z oczyszczalni ścieków). Łącznie uznawał zatem za wiarygodną ilość mtg na poziomie 16.200 – 16.400 mtg dla dwóch lat pracy, co jest zbliżone z jego deklaracją złożoną dla 16.222 mtg. W ocenie Izby, to stanowisko w żaden sposób nie mogło przesądzać o nierealności deklaracji C. Wyliczenia Odwołującego były zasadniczo sprowadzone do ilości, którą Zamawiający określił jako minimalną i konieczną do zaoferowania, co prowokuje do uznania, iż Zamawiający przyjął średnią ilość godzin, jaką również ustalił w oparciu o doświadczenie, jakie posiadał z tytułu kilkunastoletniej eksploatacji agregatów w pracującym zakładzie oczyszczalni. Złożony przez C. dowód potwierdzał natomiast rzeczywistą ilość godzin tego modelu urządzenia w okresie roku pracy, która wyniosła 8517 mtg. Zatem deklarowana ilość mtg dla okresu dwóch lat może dla tamtego urządzenia wynieść 17.034 mtg. Porównując z nią zadeklarowaną ilością 17.298 mtg/2 lata nie można wskazać, aby była ona niewiarygodna. Zasadniczo to wyliczenie Odwołującego można ocenić jako subiektywne, podyktowane założeniami własnymi, które przy braku dowodów, które podważałyby wyliczenia C., nie mogły mieć walurowego rozstrzygającego w tej sprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w obu

sprawach w wysokości ustalonej na podstawie rachunków złożonych przez zamknięciem rozprawy i obciążyla nimi odpowiednio Odwołującego H. w sprawie o sygn. akt KIO 1297/17 oraz Odwołującego E. w sprawie o sygn. akt KIO 1301/17.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....